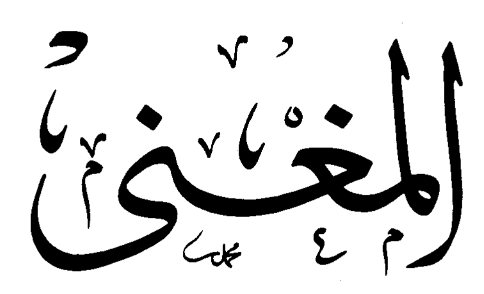


المغني

لمُوفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة

المقدسيّ الجمّاعِيليّ الدِّمَشْقيّ الصّالحِيّ الحَنْبَلِيّ

٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور

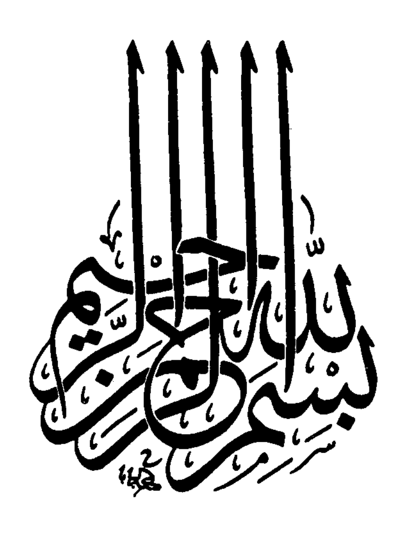
عبد الفتاح محمد الحلو

الجزء السابع

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

الرياض


بسم الله الرحمن الرحيم

المُغْنِي

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

العليا ـ غرب مؤسسة التحلية ـ ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢

ص . ب . ٦٤٦٠ ـ الرياض ١١٤٤٢ ـ تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦

المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

كتابُ الصُّلْح

الصُّلْحُ مُعاقَدةٌ يُتَوصَّلُ بها إلى الإصْلَاحِ بَيْنَ المُخْتَلِفَيْنِ ، ويَتنوَّعُ أنْواعًا ؛ صُلْحٌ بَيْنَ المُسْلِمينَ وأهْلِ الحَرْبِ ، وصُلْحٌ بَيْنَ أهْلِ العَدْلِ وأهْلِ البَغْي ، وصُلْحٌ بَيْنَ الزَّوْجيْنِ إذَا خِيفَ الشِّقَاقُ بيْنَهما ، /قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾[1] ، وقال تعالى : ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[2] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ قال : « الصُّلْحُ بَيْنَ المُسْلِمينَ جَائِزٌ ، إلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلالًا أوْ أَحَلَّ حَرامًا » . أخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرُوِىَ عن عُمَرَ ، أنَّه كَتَبَ إلى أبِى مُوسَى بمِثْلِ ذلك . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ[4] على جَوازِ الصُّلْحِ فى هذه الأنْواعِ التى ذَكَرْنَاهَا ، ولِكُلِّ واحِدٍ منها بَابٌ يُفْرَدُ له ، ويُذْكَرُ فيه أحْكامُه . وهذا البابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ المُتَخاصِمَيْنِ فى الأمْوالِ ، وهو نَوْعانِ ؛ صُلْحٌ على إقْرارٍ ، وصُلْحٌ على إنْكارٍ . ولَمْ

٩٢/٤و

---

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) فى : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٤ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزنى .

وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام احمد ، فى : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبى هريرة .

(٤) فى ب ، م : « الأئمة » .

يُسَمِّ الخِرَقِىُّ الصُّلْحَ إلَّا فى الإنْكَارِ خاصَّةً .

٨١٧ ــ مسألة ؛ قال : (**وَالصُّلْحُ الَّذِى يَجُوزُ ، هُوَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعِى حَقٌّ لا يَعْلَمُهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى بَعْضِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ ، فَجَحَدَهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ**)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنّ الصُّلْحَ علَى الإنْكَارِ صَحِيحٌ . وبه قالَ مالِكٌ ، وأبو حَنيفَةَ . وقالَ الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عاوَضَ على مالَمْ يَثْبُتْ له[1] ، فلَمْ تَصِحَّ المُعَاوَضَةُ ، كما لو بَاعَ مَالَ غيْرِه ، ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ خَلَا عن العِوَضِ فى أَحَدِ جَانِبَيْهِ ، فبَطَلَ ، كالصُّلْحِ علَى حَدِّ القَذْفِ . ولَنا ، عُمومُ قَوْلِه ﷺ : « الصُّلْحُ بَيْنَ المُسْلِمِينَ جَائِزٌ » . فيَدْخُلُ هذا فى عُمومِ قَوْلِه . فإنْ قالوا : فقد قال : « إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وهذا دَاخِلٌ فيه ؛ لِأنَّه لَمْ يَكُنْ له أنْ يَأْخُذَ مِن مَالِ المُدَّعَى عَلَيْه ، فَحلَّ بالصُّلْحِ . قُلْنَا : لا نُسَلِّمُ دُخُولَهُ فيه ، ولا يَصِحُّ حَمْلُ الحَدِيثِ علَى ما ذَكَرُوهُ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ هذا يُوجَدُ فى الصُّلْحِ بِمَعْنَى البَيْعِ ، فإنَّه يُحِلُّ لِكُلِّ واحِدٍ منْهما ما كان مُحَرَّمًا عليه قَبْلَه ، وكذلك الصُّلْحُ بمَعْنَى الهِبَةِ ، فإنَّه يُحِلُّ لِلْمَوْهُوبِ له ما كان حَرَامًا عليه ، والإسْقَاطُ يُحِلُّ له تَرْكَ أَدَاءِ ما كان وَاجِبًا عليه . الثانى ، أنَّه لو حَلَّ به المُحَرَّمُ ، لكان الصُّلْحُ صَحِيحًا ، فإنَّ الصُّلْحَ الفَاسِدَ لا يُحِلُّ الحَرامَ ، وإنَّما مَعْنَاهُ ما يُتَوصَّلُ به إلَى تَنَاوُلِ المُحَرَّمِ مع بَقَائِه على تَحْرِيمِه ، كما لو صالَحَهُ على اسْتِرْقَاقِ حُرٍّ ، أوْ إحْلَالِ بُضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أو صَالَحَهُ بخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ . وليس ما نحن فيه كذلك . وعلَى أنَّهم لا يَقُولُون بهذا ، فإنَّهم يُبِيحُون لمَنْ له حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُه ، أن يَأْخُذَ مِن مَالِه بقَدْرِه أو دُونَه ، فإذا حَلَّ له ذلك مِن غَيْرِ اخْتِيَارِه ولا عِلْمِه ، فَلَأَنْ يَحِلَّ بِرِضاهُ وبَذْلِه أَوْلَى ، وكَـذَلِكَ[2] إذا حَلَّ مع / اعْتِـرَافِ الغَرِيمِ ، فلَأَنْ يَحِلَّ مع جَحْدِه وعَجْزِه عن الوُصُولِ إلى حَقِّه إلَّا بِذَلِك أَوْلَى ، ولأنَّ

٩٢/٤ ظ

---

(١) سقط من : ا .

(٢) فى ا : « وذلك » .

المُدَّعِيَ هٰهُنا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه الثَّابِتِ له ، والمُدَّعَى عليه يَدْفَعُه لِدَفْعِ الشَّرِّ عنه ، وقَطْعِ الخُصُومَةِ ، ولَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بتَحْرِيمِ ذلك فى مَوْضِعٍ ، ولأنَّه صُلْحٌ يَصِحُّ مع الأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مع الخَصْمِ ، كالصُّلْحِ مع الإِقْرَارِ . يُحَقِّقُه أنَّه إذا صَحَّ مع الأَجْنَبِيِّ مع غِنَاهُ عنه ، فلَأَنْ يَصِحَّ مع الخَصْمِ مع حَاجَتِه إليه أَوْلَى . وقولُهم : إنَّه مُعاوَضَةٌ . قُلْنا : فى حَقِّهِما أمْ فى حَقِّ أحَدِهما ؟ الأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، والثانى مُسَلَّمٌ ؛ وهذا لأنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه مِن المُنْكِرِ لِعِلْمِه بثُبُوتِ حَقِّه عندَه ، فهو مُعاوَضَةٌ فى حَقِّه ، والمُنْكِرُ يَعْتَقِدُ أنَّه يَدْفَعُ المالَ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ واليَمِينِ عنه ، ويُخَلِّصُه من شَرِّ المُدَّعِى ، فهو أَبْرَأُ فى حَقِّه ، وغيرُ مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ المُعاوَضَةِ فى حَقِّ أحَدِ المُتَعاقِدَيْن دونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا شَهِدَ بحُرِّيَّتِه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويكونُ مُعاوَضَةً فى حَقِّ البائِعِ ، واسْتِنْقَاذًا له من الرِّقِّ فى حَقِّ المُشْتَرِى ، كذا هٰهُنا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا يَصِحُّ هذا الصُّلْحُ ، إلَّا أنْ يكونَ المُدَّعِى مُعْتَقِدًا أنَّ ما ادَّعَاهُ حَقٌّ ، والمُدَّعَى عليه يَعْتَقِدُ أنَّه لا حَقَّ عليه ، فيَدْفَعُ إلَى المُدَّعِى شَيْئًا افْتِدَاءً لِيَمِينِه ، وقَطْعًا لِلْخُصُومَةِ ، وصِيَانَةً لِنَفْسِه عن التَّبَذُّلِ ، وحُضُورِ مَجْلِسِ الحاكِمِ ، فإنَّ ذَوِى النُّفُوسِ الشَّرِيفَةِ والمُرُوءَةِ يَصْعُبُ عليهم ذلك ، ويَرَوْنَ دَفْعَ ضَرَرِها عنهم مِن أَعْظَمِ مَصالِحِهم ، والشَّرْعُ لا يَمْنَعُهم مِن وِقَايَةِ أنْفُسِهِمْ وصِيَانَتِها ، ودَفْعِ الشَّرِّ عنهم بِبَذْلِ أَمْوَالِهِمْ ، والمُدَّعِى يَأْخُذُ ذلك عِوَضًا عن حَقِّه الثَّابِتِ له ، فلا يَمْنَعُه الشَّرْعُ من ذلك أيضا ، سواءٌ كان المَأْخُوذُ مِن جِنْسِ حَقِّه ، أو مِن غيرِ جِنْسِه ، بِقَدْرِ حَقِّه أو دُونَه ، فإن أخَذَ مِن جِنْسِ حَقِّه بِقَدْرِه فهو مُسْتَوْفٍ له ، وإن أَخَذَ دُونَه ، فقد اسْتَوْفَى بَعْضَه وتَرَكَ بعضَه ، وإنْ أخَذَ مِن غير جِنْسِ حَقِّه فقد أخَذَ عِوَضَه . ولا يجوزُ أن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ؛ لأنَّ الزَّائِدَ لا مُقَابِلَ له ، فيكونَ ظَالِمًا بأَخْذِه . وإنْ أخَذَ مِن غيرِ جِنْسِه جازَ ، ويكونُ بَيْعًا فى حَقِّ المُدَّعِى ؛ لِاعْتِقادِه أَخْذَه عِوَضًا ، فيَلْزَمُه حُكْمُ إقْرَارِه . فإن كان المَأْخُوذُ شِقْصًا فى دَارٍ أو عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، وإنْ وَجَدَ به عَيْبًا فلَهُ رَدُّه ، والرُّجُوعُ فى دَعْوَاه ، ويكونُ فى حَقِّ المُنْكِرِ بمَنْزِلَةِ الإِبْرَاءِ؛ لِأنَّه دَفَعَ المالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِه ، ودَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ يَعْتَقِدُه ، فيَلْزَمُه أيضا حُكْمُ إقْرَارِه . فإنْ وَجَدَ بالمُصالَحِ عنه عَيْبًا ، لم يَرْجِعْ / به علَى المُدَّعِى ؛ ٤/٩٣و

لِاعْتِقَادِهِ أنَّه ما أخذَ[٣] عِوَضًا . وإنْ كان شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ[٤] فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه يَعْتَقِدُه علَى مِلْكِه ، لم يَزُلْ ، وما مَلَكَهُ بالصُّلْحِ . ولو دَفَعَ المُدَّعَى عليه (٥إلى المُدَّعِى٥) ما ادَّعاهُ أو بعضَه ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ البَيْعِ ، ولا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَعْتَقِدُ أنَّه اسْتَوْفَى بعضَ حَقِّه ، وأخَذَ عَيْنَ مَالِه ، مُسْتَرْجِعًا لها مِمَّنْ هى عِنْدَه ، فلَمْ يَكُنْ بَيْعًا ، كاسْتِرْجاعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ . فأمَّا إنْ كان أحَدُهُما كاذِبًا ، مثْلُ أن يَدَّعِىَ المُدَّعِى شيئًا يَعْلَمُ أنَّه ليس له ، (٦أو يُنْكِرُ٦) المُنْكِرُ حَقًّا يَعْلَمُ أنَّه عليه ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ فى الباطِنِ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ إذا كان كاذِبًا ، فما يَأْخُذُه أَكْلُ مَالٍ بالبَاطِلِ ، أخَذَهُ بِشَرِّه وظُلْمِه ودَعْوَاهُ البَاطِلَةِ ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ له ، فيكونُ حَرَامًا عليه ، كمَن خَوَّفَ رَجُلًا بالقَتْلِ حتى أخَذَ مَالَهُ . وإن كان صَادِقًا ، والمُدَّعَى عليه يَعْلَمُ صِدْقَه وثُبُوتَ حَقِّه ، فجَحَدَهُ لِيَنْتَقِصَ حَقَّهُ ، أو يُرْضِيَهُ عنه بشىءٍ ، فهو هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، وأَكْلُ مالٍ بالبَاطِلِ ، فيكونُ ذلك حَرَامًا ، والصُّلْحُ باطِلٌ ، ولا يَحِلُّ له مَالُ المُدَّعِى بذلك . وقد ذَكَرَهُ الخِرَقِىُّ فقالَ[٧] : « وإنْ كانَ يَعْلَمُ ما عَلَيْهِ فجَحَدَهُ ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ » . يعنِى فى الحَقِيقَةِ ، وأمَّا الظَّاهِرُ لَنا فهو الصِّحَّةُ ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ بَاطِنَ الحالِ ، وإنَّما يَنْبَنِى الأَمْرُ علَى الظَّوَاهِرِ ، والظَّاهِرُ من المُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

فصل : ولو ادَّعَى علَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أو قَرْضًا ، أو تَفْرِيطًا فى وَدِيعَةٍ أو مُضَارَبَةٍ ، فأنْكَرَهُ ، واصْطَلَحا ، صَحَّ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإنْ صَالَحَ عن المُنْكِرِ أَجْنَبِىٌّ ، صَحَّ ، سواءٌ اعْتَرَفَ لِلْمُدَّعِى بِصِحَّةِ دَعْوَاه أوْ لم يَعْتَرِفْ ، وسواءٌ كان بإذْنِه أو غيرِ إذْنِه . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إنَّما يَصِحُّ

---

(٣) فى ب : « أخذه » .

(٤) فى ب : « تجب » .

(٥ - ٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦ - ٦) فى ب ، م : « وينكر » .

(٧) فى ا ، م : « فى قوله » .

إذا اعْتَرَفَ لِلْمُدَّعِي بِصِدْقِه ، وهذا مَبْنِيٌّ على صُلْحِ المُنْكِرِ ، وقد ذَكَرْنَاهُ . ثم لا يَخْلُو الصُّلْحُ ، إمَّا أنْ يكونَ عن دَيْنٍ أو عَيْنٍ ، فإنْ كان عن دَيْنٍ ، صَحَّ ، سواءٌ كان بإذْنِ المُنْكِرِ ، أو بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ عن غيرِه بإذْنِه وبغَيْرِ إذْنِه ، فإنَّ عَلِيًّا وأبَا قَتَادَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قَضَيَا عن المَيِّتِ ، فأجَازَهُ النبيُّ ﷺ[8] ، وإنْ كان الصُّلْحُ عن عَيْنٍ بإذْنِ المُنْكِرِ ، فهُو كالصُّلْحِ منه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يَقُومُ مَقامَ المُوَكِّلِ . وإنْ كان بغيرِ إذْنِه ، فهُو افْتِدَاءٌ لِلْمُنْكِرِ من الخُصُومةِ ، وإبْرَاءٌ له من الدَّعْوَى ، وذلك جَائِزٌ . وفى المَوْضِعَيْنِ ، إذا صَالَحَ عنه بغيرِ إذْنِه ، لَمْ يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه أدَّى عنه مالا يَلْزَمُه أداؤُه . وخَرَّجَهُ القَاضِى وأبو الخَطَّابِ على الرِّوَايَتَيْنِ ، فيما إذا قَضَى دَيْنَهُ الثَّابِتَ بغيرِ إذْنِه ، / وليس هذا بِجَيِّدٍ ؛ لأنَّ هذا لم يَثْبُتْ وُجُوبُه على المُنْكِرِ ، ولا يَلْزَمُه أداؤُه إلى المُدَّعِي ، فكيف يَلْزَمُه أداؤُه إلى غيرِه ! ولأنَّه أدَّى عنه ما لا يَجِبُ عليه ، فكان مُتَبَرِّعًا ، كما لو تَصَدَّقَ عنه . ومن قال بِرُجُوعِه ، فإنَّه يَجْعَلُه كالمُدَّعِي فى الدَّعْوَى على المُنْكِرِ لا غيرُ ، أمَّا أنْ يَجِبَ له الرُّجُوعُ بما أدَّاهُ حَتْمًا ، فلا وَجْهَ له أصْلًا ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَجِبُ لمَن قَضَى دَيْنَ غيرِه أن يَقُومَ مَقامَ صَاحِبِ الدَّيْنِ ، وصَاحِبُ الدَّيْنِ ههُنا لم يَجِبْ له حَقٌّ ، ولا لَزِمَ الأدَاءُ إليه ، ولا يَثْبُتُ له أكْثَرُ من جَوازِ الدَّعْوَى ، فكذلك هذا . ويُشْتَرَطُ فى جَوازِ الدَّعْوَى أن يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِي ، فأمَّا إن لم يَعْلَمْ ، لم يَحِلَّ له دَعْوَى بشىءٍ لا يَعْلَمُ ثُبُوتَهُ . وأمَّا ما إذا صَالَحَ عنه بإذْنِه ، فهو وَكِيلُه ، والتَّوْكِيلُ فى ذلك جائِزٌ . ثم إن أدَّى عنه بإذْنِه ، رَجَعَ إليه[9] ، وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ . وإن أدَّى عنه بغيرِ إذْنِه مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بِشىءٍ ، وإن قَضَاهُ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ ، خُرِّجَ على الرِّوَايَتَيْنِ فى مَن قَضَى دَيْنَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه قد

٩٣/٤ ظ

---

(8) حديث على أخرجه البيهقى ، فى : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٧٨ .

وحديث أبى قتادة ، أخرجه البخارى ، فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة . صحيح البخارى ٣ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وأحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٠ . والبيهقى ، فى : باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق ، وباب الضمان عن الميت ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٤ ، ٧٥ . والحاكم ، فى : باب التشديد فى أداء الدين ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢ / ٥٨ .

(9) فى ا : « عليه » .

وَجَبَ عليه أداؤُه بعَقْدِ الصُّلْحِ ، بخِلَافِ ما إذا صَالَحَ وقَضَى بغَيْرِ إذْنِه ، فإنَّه قَضَى مالا يَجِبُ على المُنْكِرِ قَضَاؤُهُ .

فصل : وإن صَالَحَ الأَجْنَبِىُّ المُدَّعِىَ لِنَفْسِه ؛ لِتَكُونَ المُطَالَبَةُ له ، فلا يَخْلُو مِن أن يَعْتَرِفَ لِلْمُدَّعِى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أَوْ لا يَعْتَرِفَ له ، فإن لم يَعْتَرِفْ له ، كان الصُّلْحُ بَاطِلًا ؛ لأنَّه يَشْتَرِى منه ما لم يَثْبُتْ له ، ولم تَتَوجَّهْ إليه خُصُومةٌ يَفْتَدِى منها ، فأشْبَهَ مالو اشْتَرَى منه مِلْكَ غيرِه . وإنِ اعْتَرَفَ له بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وكان المُدَّعَى دَيْنًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مالا يَقْدِرُ البائِعُ على تَسْلِيمِه ، ولأنَّه بَيْعٌ لِلدَّيْنِ[10] مِن غيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه . ومِن أَصْحابِنا مَن قال : يَصِحُّ . وليس بجَيِّدٍ ؛ لأنَّ بَيْعَ الدَّيْنَ المُقَرِّ به من غير مَن هو فى ذِمَّتِه لا يَصِحُّ ، فبَيْعُ دَيْنٍ فى ذِمَّةِ مُنْكِرٍ مَعْجُوزٍ عن قَبْضِه أَوْلَى . وإن كان المُدَّعَى عَيْنًا ، فقال الأَجْنَبِىُّ لِلْمُدَّعِى : أنا أَعْلَمُ أنك صَادِقٌ ، فَصَالِحْنِى عنها ، فإنِّى قَادِرٌ على اسْتِنْقَاذِهَا من المُنْكِرِ . فقال أصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى منه مِلْكَه الذى يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه . ثم إن قَدَرَ على انْتِزَاعِه ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وإن عَجَزَ ، كان له الفَسْخُ ؛ لأنَّه لم يُسَلَّمْ له المَعْقُودَ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ / إلى بَدَلِه . ٤/٩٤و ويَحْتَمِلُ أنَّه إنْ تَبَيَّنَ أنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، تَبَيَّنَ أنّ الصُّلْحَ كان فَاسِدًا ؛ لأنَّ الشَّرْطَ الذى هو القُدْرَةُ على قَبْضِه مَعْدُومٌ حال العَقْدِ ، فكان فَاسِدًا ، كما لو اشْتَرَى عَبْدَه ، فتَبَيَّنَ أنه آبِقٌ ، أَوْ مَيِّتٌ . ولو اعْتَرَفَ له بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، ولا يُمْكِنُه اسْتِيفَاؤُه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مالا يُمْكِنُه قَبْضُه[11] ، فأشْبَهَ شِرَاءَ العَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشَّارِدِ . فإن اشْتَرَاهُ وهو يَظُنُّ أنَّه عَاجِزٌ عن قَبْضِه ، فتَبَيَّنَ أنَّ قَبْضَهُ مُمْكِنٌ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَنَاوَلَ ما يُمْكِنُ قَبْضُه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَا[12] ذلك . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فأَشْبَهَ ما لو بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أنَّه حُرٌّ ، أو أنَّه عَبْدُ غيرِه ، فتَبَيَّنَ أنَّه عَبْدُه . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين من يَعْلَمُ أن البَيْعَ يَفْسُدُ بالعَجْزِ عن تَسْلِيمِ

---

(١٠) فى ب : « الدين » .

(١١) فى م زيادة : « منه » .

(١٢) فى ب ، م : « علمنا » .

المَبِيعِ ، وبين مَن لم يَعْلَمْ ذلك ؛ لأنَّ من يَعْلَمُ ذلك يَعْتَقِدُ فَسَادَ البَيْعِ والشِّرَاءِ ، فكان بَيْعُه فَاسِدًا ؛ لِكَوْنِه مُتَلاعِبًا بقولِه ، مُعْتَقِدًا فَسادَهُ ، ومن لا يَعْلَمُ يَعْتَقِدُه صَحِيحًا ، وقد تَبَيَّنَ اجْتِمَاعُ شُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَهُ مَقْدُورًا على تَسْلِيمِه .

فصل : فإن قال الأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعِي : أنا وَكِيلُ المُدَّعَى عليه فى مُصَالَحَتِكَ عن هذه العَيْنِ ، وهو مُقِرٌّ لك بها ، وإنَّما يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ . فظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ أنَّ الصُّلْحَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ لِيَنْتَقِصَ المُدَّعِيَ بَعْضَ حَقِّه ، أو يَشْتَرِيَهُ بأقَلَّ مِن(١٣) ثَمَنِه ، فهو هَاضِمٌ لِلْحَقِّ ، يَتَوَصَّلُ إلى أخْذِ المُصَالَحِ عنه بالظُّلْمِ والعُدْوَانِ ، فهو بِمَنْزِلَةِ ما لو شَافَهَهُ بذلك ، فقال : أنا أَعْلَمُ صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وأنَّ هذا لك ، ولكنْ لا أُسَلِّمُه إليك ، ولا أُقِرُّ لك به عندَ الحاكِمِ حتى تُصَالِحَنِى منه على بعضِه ، أو عِوَضٍ عنه . وقال القاضِى : يَصِحُّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . قالوا : ثم يَنْظُرُ إلى المُدَّعَى عليه ، فإن صَدَّقَهُ على ذلك ، مَلَكَ العَيْنَ ، (١٤) ورَجَعَ الأَجْنَبِيُّ عليه(١٤) بما أَدَّى عنه ، إن كان أَذِنَ له فى الدَّفْعِ ، وإن أَنْكَرَ الإِذْنَ فى الدَّفْعِ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ، ويكون حُكْمُه حُكْمَ من قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن أَنْكَرَ الوَكَالَةَ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ، وليس لِلْأَجْنَبِيِّ الرُّجُوعُ عليه ، ولا يُحْكَمُ له بِمِلْكِها . فأمَّا حُكْمُ مِلْكِها فى البَاطِنِ ، فإن كان وَكَّلَ الأَجْنَبِيَّ فى الشِّرَاءِ ، فقدْ مَلَكَها ؛ لأنَّه اشْتَرَاهَا بإِذْنِه ، فلا يَقْدَحُ إنْكَارُه فى مِلْكِها ؛ لأنَّ مِلْكَهُ ثَبَتَ قبلَ إنْكَارِه ، وإنَّما هو ظَالِمٌ بالإِنْكَارِ لِلْأَجْنَبِيِّ ، وإن كان لم يُوَكِّلْهُ ، لم يَمْلِكْها ؛ لأنَّه اشْتَرَى له / عَيْنًا بغيرِ إذْنِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَقِفَ على إجازَتِه ، كمَا قُلْنا فى مَن اشْتَرَى لِغيرِه شيئا بغيرِ إذْنِه بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، فإنْ أجازَهُ ، لَزِمَ فى حقِّه ، وإن لم يُجِزْهُ ، لَزِمَ مَن اشْتَرَاهُ . وإن قال الأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعِي : قد عَرَفَ المُدَّعَى عليه صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وهو يَسْأَلُكَ أن تُصَالِحَهُ عنه ، وقد وَكَّلَنِى فى المُصَالَحَةِ عنه . فصَالَحَهُ ، صَحَّ ، وكان الحُكْمُ كما ذَكَرْنا ؛ لأنَّه

٤/٩٤ظ

---

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤ - ١٤) فى ا ، م : « ورجع على الأجنبى وعليه » .

هٰهُنا لم يَمْتَنِعْ مِن أدَائِه ، بلِ اعْتَرَفَ به ، وصَالَحَهُ عليه ، مع بَذْلِه له ، فأشْبَهَ ما لو لم يَجْحَدْهُ .

٨١٨ – مسألة ؛ قال : (ومَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ ، فصَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ صُلْحًا ؛ لِأَنَّهُ هَضْمٌ لِلْحَقِّ)

وجُمْلَتُه أنَّ مَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ ، وامْتَنَعَ مِن أدَائِه حتى صُولِحَ على بعضِه ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لأنَّه صَالَحَ عن بَعْضِ مَالِه ببَعْضٍ ، وهذا مِحالٌ[١] ، وسواءٌ كان بلَفْظِ الصُّلْحِ ، أو بلَفْظِ الإبْرَاءِ ، أو بلَفْظِ الهِبَةِ المَقْرُونِ بشَرْطٍ ، مثلُ أن يقولَ : أبْرَأْتُكَ عن خَمْسِمائةٍ ، أو وَهَبْتُ لك خَمْسَمائةٍ ، بشَرْطِ أن تُعْطِيَنِي ما بَقِيَ . ولو لم يَشْتَرِطْ ، إلَّا أنَّه لَمْ يُعْطِ بَعْضَ حَقِّه إلَّا بإسْقَاطِه[٢] بعضَه ، فهو حَرَامٌ أيضا ؛ لأنَّه هَضَمَهُ حَقَّهُ . قال ابنُ أبى موسى[٣] : الصُّلْحُ علَى الإقْرَارِ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، فمتى ألْزَمَ المُقَرَّ له تَرْكَ بَعْضِ حَقِّه ، فتَرَكَهُ عن غيرِ طيبِ نَفْسِهِ[٤] ، لم يَطِبِ الأخْذُ . وإنْ تَطَوَّعَ المُقِرُّ له بإسْقاطِ بَعْضِ حَقِّه بِطِيبٍ مِن نَفْسِهِ ، جَازَ ، غيرَ أنَّ ذلك ليس بِصُلْحٍ ، ولا من بابِ الصُّلْحِ بسَبِيلٍ . ولَمْ يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصُّلْحَ إلَّا فى الإنْكَارِ ، على الوَجْهِ الذى قَدَّمْنَا ذِكْرَه ، فأمَّا فى الاعْتِرَافِ ، فإذا اعْتَرَفَ بشىءٍ ، وقَضَاهُ مِن جنْسِه ، فهو وَفَاءٌ ، وإنْ قَضَاهُ مِن غيرِ جِنْسِه ، فهى مُعَاوَضَةٌ ، وإنْ أبْرَأَهُ مِن بعضِه اخْتِيَارًا منه ، واسْتَوْفَى البَاقِيَ ، فهو إبْرَاءٌ ، وإن وَهَبَ له بعضَ العَيْنِ ، وأخَذَ بَاقِيَها بِطِيبِ نَفْسٍ ، فهِى هِبَةٌ ، فلا يُسَمَّى ذلك صُلْحًا . ونحوَ ذلك قال ابنُ أبى مُوسَى ، وسَمَّاهُ القاضِى وأصْحابُه صُلْحًا . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ وغيرِه ؛ والخِلَافُ فى التَّسْمِيَةِ ، أمَّا المَعْنَى فمُتَّفَقٌ عليه ، وهو فِعْلُ ما عَدَا وَفَاءَ الحَقِّ ، وإسْقَاطُه على وَجْهٍ يَصِحُّ ، وذلك ثَلَاثَةُ أقْسَامٍ ؛ مُعَاوَضَةٌ ، وإبْرَاءٌ ، وهِبَةٌ .

---

(١) المحال ، بكسر الميم : الكيد ورَوْم الأمر بالحيل .

(٢) فى ب : « بإسقاط » .

(٣) فى ب ، م : « إسحاق » .

(٤) فى ا زيادة : « منه » . ولعل قراءة الجملة : « نفس منه » .

فأمَّا المُعَاوَضَةُ ، فهو أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ فى يَدِه ، أو دَيْنٍ فى ذِمَّتِه ، ثم يَتَّفِقان على تَعْويضِه عن ذلك بما يجوزُ تَعْويضُه به ، وهذا ثَلَاثَةُ أضْرُبٍ ؛ أحدها ، أن يَعْتَرِفَ / له بأَحَدِ النَّقْدَيْنِ، فيُصَالِحَه [على] الآخرِ، نحوُ أن يَعْتَرِفَ له بمائَةِ دِرْهَمٍ ، فيُصَالِحَهُ منها بعَشرَةِ دَنَانِيرَ، أو يَعْتَرِفَ له بعَشرَةِ دَنَانِيرَ، فيُصَالِحَه على مائَةِ دِرْهَمٍ ، فهذا صَرْفٌ، يُشْتَرَطُ له شُرُوطُ الصَّرْفِ ، من التَّقَابُضِ فى المَجْلِسِ ونحوِه . الثانى ، أن يَعْتَرِفَ له بعُرُوضٍ ، فيُصَالِحَه على أَثْمَانٍ ، أوْ بأَثْمَانٍ ، فيُصَالِحَه على عُرُوضٍ ، فهذا بَيْعٌ يَثْبُتُ فيه أحْكَامُ البَيْعِ . وإن اعْتَرَفَ له بدَيْنٍ ، فصالَحَه على مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قبْلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ . الثالثُ . أن يُصَالِحَهُ على سُكْنَى دَارٍ ، أو خِدْمَةِ عَبْدٍ ، ونحوِه ، أو على أن يَعْمَلَ له عَمَلًا مَعْلُومًا ، فيكونُ ذلك إجَارَةً ، لها حُكْمُ سَائِرِ الإِجَارَاتِ ، وإذا أُتْلِفَ[5] الدَّارُ أو العَبْدُ قبلَ اسْتِيفَاءِ شىءٍ من المَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ ، ورَجَعَ بما صَالَحَ عنه . وإن تَلِفَتْ[6] بعد اسْتِيفَاءِ شَىءٍ من المَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ، ورَجَعَ بِقِسْطِ ما بَقِىَ . ولو صَالَحَهُ على أن يُزَوِّجَهُ جَارِيَتَهُ، وهو ممَّن يجوزُ له نِكَاحُ الإِمَاءِ، صَحَّ. وكان المُصَالَحُ عنه صَدَاقَهَا[7]، فإن انْفَسَخَ النِّكَاحُ قبل الدُّخولِ بأَمْرٍ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ، رَجَعَ الزَّوْجُ بما صَالَحَ عنه، وإن طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ، رَجَعَ بِنِصْفِهَا، وإن كان المُعْتَرِفُ امْرَأَةً، فصالَحَتِ المُدَّعِى على أن تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، جازَ . ولو كان المُعْتَرَفُ به عَيْبًا فى مَبِيعِها ، فصالَحَتْهُ على نِكَاحِهَا، صَحَّ. فإن زَالَ العَيْبُ، رَجَعَتْ بأَرْشِه؛ لأنَّ ذلك صَدَاقُها، فرَجَعَتْ به، لا بمَهْرِ مِثْلِهَا . وإن لم يَزُلِ العَيْبُ ، لكن انْفَسَخَ نِكَاحُها بما يُسْقِطُ صَدَاقَها ، رَجَعَ عليها بأَرْشِهِ .

٩٥/٤ و

---

(٥) فى ب : « أتلفت » .

(٦) فى ب : « تلف » .

(٧) فى ب : « صداقا » .

القسم الثانى ، الإِبْرَاءُ ، وهو أن يَعْتَرِفَ له بِدَيْنٍ فى ذِمَّتِه ، فيقولَ : قد أَبْرَأْتُكَ من نِصْفِه أو جُزْءٍ مُعَيَّنٍ منه ، فأَعْطِنِى ما بَقِىَ . فَيَصِحُّ إذا كانتِ البَرَاءَةُ مُطْلَقَةً من غير شَرْطٍ . قال أحْمَدُ : إذا كان لِلرَّجُلِ على الرَّجُلِ الدَّيْنُ ، ليس عنده وفاءٌ فوَضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأخَذَ منه البَاقِىَ ، كان ذلك جَائِزًا لهما ، ولو فَعَلَ ذلك قَاضٍ ، لم يكُنْ عليه فى ذلك إثْمٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ[8] كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضَعُوا عنه ، فوَضَعُوا عنه الشَّطْرَ[9] . وفى الذى أُصِيبَ فى حَدِيقَتِه فمَرَّ به النبىُّ ﷺ ، وهو مَلْزُومٌ ، فأشَارَ إلى غُرَمَائِه بالنِّصْفِ ، فأَخَذُوه منه[10] . فإن فَعَلَ ذلك / قَاضِى اليوم، جَازَ إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . ورَوَى يُونُسُ، عن الزُّهْرِىِّ، عن عبدِ اللهِ بن كَعْبٍ، عن أبِيهِ، أنَّه تَقَاضَى ابنَ أبِى حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له[11] عليه فى المَسْجِدِ ، فارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهما حتى سَمِعَها رسولُ اللهِ ﷺ ، فخَرَجَ إليهما ، ثم نَادَى : « يَا كَعْبُ » . قال : لَبَّيْكَ يا رسولَ اللهِ. فأشَارَ إليه ، أن ضَعِ الشَّطْرَ من دَيْنِكَ . قال : قد فَعَلْتُ يا رسولَ اللهِ . قال رسُولُ اللهِ ﷺ : « قُمْ فأَعْطِه »[12] . فإن قال : على أن تُوَفِّيَنِى ما بَقِىَ بَطَلَ ؛ لأنَّه ما أَبْرَأَهُ عن

٩٥/٤ ظ

---

(٨) فى ا ، ب زيادة : « قد » .

(٩) وضع الشطر يأتى فى قضية ابن أبى حدرد ، وحديث جابر ليس فى قضاء بعض الدين وتأخير البعض ، وأخرجه البخارى ، فى : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه فى الدين تمرا بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب إذا وهب دينا على رجل ، من كتاب الهبة ، وفى : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفى : باب علامات النبوة فى الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٣ / ١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤ / ٢٣٥ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢ / ١٠٧ . والنسائى ، فى : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣١٣ .

(١٠) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، فى : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح. صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم، فى: باب=

بعضِ الحَقِّ إلَّا لِيُوفِّيَهُ بَقِيَّتَهُ ، فكأنه عَاوَضَ[13] بعضَ حَقِّه ببعضٍ .

القسم الثالث ، الهِبَةُ . وهو أن يكونَ له فى يَدِه عَيْنٌ ، فيقولَ : قد وَهَبْتُكَ نِصْفَها ، فأَعْطِنِى بَقِيَّتَها . فَيَصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ له شُرُوطُ الهِبَةِ . وإن أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، لم يَصِحَّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه إذا شَرَطَ فى الهِبَةِ الوَفاءَ جَعَلَ الهِبَةَ عِوَضًا عن الوَفاءِ به[14] ، فكأنَّه عَاوَضَ[15] بعضَ حَقِّه ببعضٍ . وإن أَبْرَأَهُ من بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَبَ له بعضَ العَيْنِ بِلَفظِ الصُّلْحِ ، مثلَ أن يقولَ : صَالِحْنِى بِنِصْفِ دَيْنِكَ عَلَىَّ ، أو بِنِصْفِ دَارِكَ هذه . فيقولَ : صَالَحْتُكَ بذلك . لم يَصِحَّ . ذَكَرَهُ القاضى وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . وقال أكْثَرُهُم : يجوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ بِلَفْظِه خَرَجَ عن أن يكونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلُّقٌ به ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا ، أما إذا كان بِلَفْظِ الصُّلْحِ سُمِّىَ صُلْحًا ؛ لوُجُودِ اللَّفْظِ ، وإن تَخَلَّفَ المَعْنَى ، كالهِبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، وإنَّما يَقْتَضِى لَفظُ الصُّلْحِ المُعَاوَضَةَ إذا كان ثَمَّ عِوَضٌ ، أمَّا مع عَدَمِه فلا . وإنَّما مَعْنَى الصُّلْحِ الاتِّفَاقُ والرِّضَى ، وقد يَحْصُلُ هذا من غيرِ عِوَضٍ ، كالتَّمْلِيكِ إذا كان بِعِوَضٍ سُمِّىَ بَيْعًا ، وإن خَلَا عن العِوَضِ سُمِّىَ هِبَةً . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَقْتَضِى المُعَاوَضَةَ ؛ لأنَّه إذا قال : صَالِحْنِى بِهِبَةِ كذا ، أو على[16] هِبَةِ كذا ، أو على[16] نِصْفِ هذه العَيْنِ ، ونحو هذا . فقد أضَافَ إليه بالمُقَابَلَةِ ، فصَارَ كقَوْلِه : بِعْنِى بألْفٍ . وإن أضَافَ إليه « عَلَى » جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ . كقوله تعالى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[17] . وكِلَاهُما لا يجوزُ ؛ بِدَليلِ مالو صَرَّحَ بِلَفْظِ

= استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم فى داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٣) فى الأصل ، ا ، م : « عارض » تحريف .

(١٤) سقط من : ا ، ب .

(١٥) فى الأصل ، م : « عارض » .

(١٦ - ١٦) سقط من : م .

(١٧) سورة الكهف ٩٤ .

الشَّرْطِ أو بِلَفْظِ المُعَاوَضَةِ[١٨] . وقولهم : إنه يُسَمَّى صُلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وإن سُمِّى صُلْحًا فمجازٌ ؛ لِتَضمُّنِه قَطْعَ النِّزَاعِ وإزَالَةَ الخُصُومَةِ . وقولُهم : إن الصُّلْحَ لا / يَقْتَضِى المُعَاوَضَةَ . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ . وإن سَلَّمْنَا لكن المُعَاوَضَةَ حَصلَتْ من اقْتِرَانِ حَرْفِ البَاءِ ، أو عَلَى ، أو نحوِهما به[١٩] ، فإنَّ لَفْظَةَ الصُّلْحِ تَحْتَاجُ إلى حَرفٍ تُعَدَّى به ، وذلك يَقْتَضِى المُعَاوَضَةَ ، على ما بَيَّنَّاهُ .

٩٦/٤و

فصل : وإن ادَّعَى على رَجُلٍ بَيْتًا ، فصَالَحَهُ على بعضِه ، أو على بنَاءِ غُرْفَةٍ فَوْقَه ، أو على أن يَسْكُنَه سَنَةً ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصَالِحُه من مِلْكِهِ على مِلْكِهِ أو مَنْفَعَتِه . وإن أسْكَنَه كان تَبَرُّعًا منه ، متى شَاءَ أَخْرَجَهُ منها . وإن أعْطَاهُ بعضَ دَارِه بنَاءً على هذا ، فمتى شَاءَ انْتَزَعَهُ منه ؛ لأنَّه أَعْطَاهُ إيَّاهُ عِوَضًا عمَّا لا يَصْلُحُ عِوَضًا عنه . وإن فَعَلَ ذلك على سَبِيلِ المُصَالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أنَّ ذلك وَجَبَ عليه[٢٠] بالصُّلْحِ ، رجَع عليه[٢٠] بأَجْرِ ما سَكَنَ وأَجْرِ ما كان فى يَدِه من الدَّارِ ؛ لأنَّه أَخَذَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فأَشْبَهَ المَبِيعَ المَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، وسُكْنَى الدَّار بإجَارَةٍ فَاسِدَةٍ . وإن بَنَى فَوْقَ البَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ على نَقْضِهَا . وإذا آجَرَ السَّطْحَ مُدَّةَ مُقَامِهِ فى يَدَيْه ، فله أخْذُ آلَتِه . ولو اتَّفَقَا على أن يُصَالِحَهُ صَاحِبُ البَيْتِ عن بِنَائِه بِعِوَضٍ ، جَازَ . وإن بَنَى الغُرْفَةَ بِتُرَابٍ من أَرْضِ صَاحِبِ البَيْتِ وآلَاتِه ، فليس له أخْذُ بِنَائِه ؛ لأنَّه مِلْكٌ لِصَاحِبِ البَيْتِ . وإن أرَادَ نَقْضَ البِنَاءِ ، لم يكُنْ له ذلك ، إذا أَبْرَأَهُ المالِكُ من ضَمَانِ ما يَتْلَفُ به . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ نَقْضَه ، كقَوْلِنا فى الغَاصِبِ .

فصل : وإذا صَالَحَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِه سَنَةً ، صَحَّ ، وكانتْ إجَارَةً . وقد ذَكَرْنا ذلك . فإن بَاعَ العَبْدَ فى السَّنَةِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ويكون الْمُشْتَرِى مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ،

---

(١٨) فى النسخ : « المعارضة » .

(١٩) سقط من : ا .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، م .

ولِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِه إلى انْقِضَاءِ مُدَّتِه ، كما لو زَوَّجَ أَمَتَهُ ثم بَاعَهَا . وإن لم يَعْلَم المُشْتَرِى بذلك ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ . وإن أَعْتَقَ العَبْدَ فى أَثْنَاءِ المُدَّةِ ، نَفَذَ عِتْقُه ؛ لأنَّه مَمْلُوكُه يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّ عِتْقُه لغيرِه ، ولِلْمُصَالِحِ أن يَسْتَوْفِىَ نَفْعَهُ فى المُدَّةِ ، لأنَّه أَعْتَقَهُ بعدَ أن مَلَّكَ مَنْفَعَتَهُ لغيرِه ، فأشْبَهَ مالو أعْتَقَ الأَمَةَ المُزَوَّجَةَ لِحُرٍّ . ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على سَيِّدِه بشىءٍ ؛ لأنَّه ما زَالَ مِلْكُه بالعَتْقِ إلَّا عن الرَّقَبَةِ ، والمَنَافِعُ حِينَئِذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِه ، فلم تَتْلَفْ مَنَافِعُه بالعَتْقِ ، فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، وإن أَعْتَقَهُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ ، / فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو أَعْتَقَ زَمِنًا أو مَقْطُوعَ اليَدَيْنِ ، أو أَعْتَقَ أَمَةً مُزَوَّجَةً ، وذَكَرَ القاضى وابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يَرْجِعُ على سَيِّدِه بأَجْرِ مثله . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ العِتْقَ اقْتَضَى إزَالَةَ مِلْكِه عن الرَّقَبَةِ والمَنْفَعَةِ جَمِيعًا ، فلمَّا لم تَحْصُلِ المَنْفَعَةُ لِلْعَبْدِ ههُنا ، فكأنَّه حَالَ بينَه وبينَ مَنْفَعَتِه . ولَنا ، أنَّ إعْتَاقَهُ لم يُصَادِفْ لِلْمُعْتِقِ سِوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فلم يُؤَثِّرْ إلَّا فيه ، كما لو وَصَّى لِرَجُلٍ برَقَبَةِ عَبْدٍ[21] ولآخَرَ بنَفْعِه ، فأَعْتَقَ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وكما لو أَعْتَقَ أَمَةً مُزَوَّجَةً . وقولُهم : إنَّه اقْتَضَى زَوَالَ المِلْكِ عن المَنْفَعَةِ . قُلْنا : إنَّما يَقْتَضِى ذلك إذا كانت مَمْلُوكَةً له[22] ، أمَّا إذا كانت مَمْلُوكَةً لغيرِه فلا يَقْتَضِى إعْتَاقُهُ إزَالَةَ ما ليس بمَوْجُودٍ ، وإن تَبَيَّنَ أن العَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بُطْلَانُ الصُّلْحِ لِفَسَادِ العِوَضِ ، ورَجَعَ المُدَّعِى فيما أَقَرَّ له به . وإن وَجَدَ العَبْدَ مَعِيبًا عَيْبًا تَنْقُصُ به المَنْفَعَةُ ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ . وإن صَالَحَ على العَبْدِ بِعَيْنِه ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ويكونُ بَيْعًا . والحُكْمُ فيما إذا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أو ظَهَرَ به عَيْبٌ ، كما ذَكَرْنَا .

٩٦/٤ ظ

فصل : إذا ادَّعَى زَرْعًا فى يَدِ رَجُلٍ ، فأَقَرَّ له به ، ثم صَالَحَهُ منه على دَرَاهِمَ ، جَازَ على الوَجْهِ الذى يجوزُ به بَيْعُ الزَّرْعِ . وقد ذَكَرْنَا ذلك فى البَيْعِ . وإن كان الزَّرْعُ فى يَدِ رَجُلَيْنِ ، فأَقَرَّ له أَحَدُهما بِنِصْفِه ، ثم صَالَحَهُ عليه قبلَ اشْتِدَادِ حَبِّه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إن صَالَحَهُ عليه بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، أو من غيرِ شَرْطِ القَطْعِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُه كذلك . وإن شَرَطَ القَطْعَ لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه قَطْعُه إلَّا بِقَطْعِ زَرْعِ الآخَرِ . ولو كان

---

(٢١) فى ب : « عبده » .

(٢٢) سقط من : ا .

الزَّرْعُ لواحِدٍ ، فأقرَّ لِلمُدَّعِي بِنصفِه ، ثم صَالَحه عنه بِنصْفِ الأَرْضِ ، لِيَصِيرَ الزَّرْعُ كله لِلْمُقِرِّ ، والأَرْضُ بينهما نِصْفَيْنِ ، فإن شَرَطَ القَطْعَ جَازَ ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ كله لِلْمُقِرِّ ، فجَازَ شَرْطُ قَطْعِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأَنَّ فى الزَّرْعِ ما ليس بِمَبِيعٍ ، وهو النِّصْفُ الذى لم يُقِرَّ به ، وهو فى النِّصْفِ الباقِى له ، فلا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ قَطْعِه ، كما لو شَرَطَ قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فى أَرْضٍ أُخْرَى . وإن صَالَحَهُ عنه[23] بجَمِيعِ الأَرْضِ بِشَرْطِ القَطْعِ لِيُسَلِّمَ الأَرْضَ إليه فَارِغَةً ، صَحَّ ؛ لأَنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفُه بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، والباقِى لِتَفْرِيغِ الأَرْضِ ، فأمكن القَطْعُ . وإن كان إقْرَارُه بِجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فصَالَحَهُ من نِصْفِه على نِصْفِ الأَرْضِ ، ليكونَ الأَرْضُ / والزَّرْعُ بينهما نِصْفَيْنِ ، وشَرَطَ القَطْعَ فى الجَمِيعِ ، احْتَمَلَ الجَوَازَ ؛ لأَنَّهما قد شَرَطَا قَطْعَ كلِّ الزَّرْعِ وتَسْلِيمَ الأَرْضِ فَارِغَةً ، واحْتَمَلَ المَنْعَ ؛ لأَنَّ بَاقِى الزَّرْعِ ليس بِمَبِيعٍ ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِه فى العَقْدِ .

٩٧/٤و

فصل : إذا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِه فى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِه ، أو هَوَاءِ جِدَارٍ له فيه شَرِكَةٌ ، أو على نَفْسِ الجِدَارِ ، لَزِمَ مَالِكَ الشَّجَرَةِ إزَالَةُ تلك الأَغْصَان ، إمَّا بِرَدِّهَا إلى نَاحِيَةٍ أُخْرَى ، وإمَّا بالقَطْعِ ؛ لأَنَّ الهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ القَرَارِ ، فوَجَبَ إزَالَةُ ما يَشْغَلُه من مِلْكِ غيرِه كالقَرَارِ . فإن امْتَنَعَ المالكُ من إزَالَتِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأَنَّه من غيرِ فِعْلِه ، فلم يُجْبَرْ على إزَالَتِه ، كما إذا لم يكُنْ مَالِكًا له[24] . وإن تَلِفَ بها شىءٌ ، لم يَضْمَنْهُ كذلك . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على إزَالَتِه ، ويَضْمَنَ ما تَلِفَ به ، إذا أُمِرَ بإزَالَتِه فلم يَفْعَلْ ، بنَاءً على ما إذا مَالَ حَائِطُه إلى مِلْكِ غيرِه ، على ما سَنَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، إذا امْتَنَعَ من إزَالَتِه كان لِصَاحِبِ الهَوَاءِ إزَالَتُه بأحَدِ الأَمْرَيْنِ ؛ لأَنَّه بِمَنْزِلَةِ البَهِيمَةِ التى تَدْخُلُ دَارَه ، له إخْرَاجُها ، كذا هٰهُنا . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فإن أمْكَنَه إزَالَتُها بلا إتْلَافٍ ولا قَطْعٍ ، من غيرِ مَشَقَّةٍ تَلْزَمُه ولا غَرَامَةٍ ، لم يَجُزْ له إتْلَافُها ، كما أنَّه إذا

---

(٢٣) فى الأصل ، ب ، م : « منه » .

(٢٤) فى ب : « ملكا » .

أمْكَنَه إخْرَاجُ البَهِيمَةِ من غير إتْلَافٍ لم يَجُزْ له إتْلافُها . فإن أتْلَفَها فى هذه الحال غَرِمَها ، وإن لم يُمْكِنْه إزَالَتُها إلَّا بالإتْلَافِ ، فله ذلك ، ولا شئ عليه ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُه إقْرَارُ مالِ غيرِه فى مِلْكِه . فإن صَالَحَهُ على إقْرارِها بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، فَاخْتَلَفَ أصْحَابُنا . فقال ابنُ حامِدٍ وابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ ذلك رَطْبًا كان الغُصْنُ أو يَابِسًا ؛ لأنَّ الجَهَالَةَ فى المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، لِكَوْنِها لا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بخِلَافِ العِوَضِ ، فإنَّه يَفْتَقِرُ إلى العِلْمِ ؛ لِوُجُوبِ تَسْلِيمِه ، ولأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إلى الصُّلْحِ عنه ، لكَوْنِ ذلك يَكْثُرُ فى الأمْلَاكِ المُتَجاوِرَةِ ، وفى القَطْعِ إتْلَافٌ وضَرَرٌ ، والزِّيَادَةُ المُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى عنها ، كالسِّمَنِ الحادِثِ فى المُسْتَأْجَرِ لِلرُّكُوبِ ، والمُسْتَأْجِرِ للغُرْفِةِ يَتَجَدَّدُ له الأوْلَادُ ، والغِرَاسِ الذى يَسْتَأْجِرُ له الأرْضَ يَعْظُمُ ويَجْفُو . وقال[25] أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ المُصَالَحَةُ عنه بحالٍ ، رَطْبًا كان أو يَابِسًا ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ ويَتَغَيَّرُ ، واليَابِسُ يَنْقُصُ ، ورُبَّما ذَهَبَ كلُّه . وقال القاضى : إن كان يَابِسًا مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الجِدَارِ ، / صَحَّتِ المُصَالَحَةُ عنه ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ مَأْمُونَةٌ فيه ، ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على غيرِ ذلك ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ فى كل وَقْتٍ ، وما لا يَعْتَمِدُ على الجِدَارِ ، لا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه ؛ لأنَّه تَبَعُ الهَوَاءِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واللَّائِقُ بمَذْهَبِ أحْمَدَ صِحَّتُه ؛ لأنَّ الجَهَالَةَ فى المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ إذا لم يكُنْ إلى العِلْمِ به سَبِيلٌ ، وذلك لِدُعَاءِ الحَاجَةِ اليه ، وكَوْنِه لا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمٍ ، وهذا كذلك . والهَوَاءُ كالقَرَارِ فى كونِه مَمْلُوكًا لِصاحِبِه ، فَجازَ الصُّلْحُ على ما فيه ، كالذى فى القَرَارِ .

٩٧/٤ ظ

فصل : وإن صَالَحَهُ على إقْرَارِهَا بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ من ثَمَرِهَا ، أو بِثَمَرِهَا كلِّه ، فقد نَقَلَ المَرُّوذِىُّ وإسحاقُ بن إبراهيمَ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن ذلك ، فقال : لا أدْرِى . فيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ . ونحوَه قال مَكْحُولٌ ، فإنَّه نُقِلَ عنه أنَّه قال : أيُّما شَجَرَةٍ ظَلَّلَتْ على قَوْمٍ ، فهم بالخِيَارِ بين قَطْعِ ما ظَلَّلَ ، أو أكْلِ ثَمَرِهَا . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ . وهو قَوْلُ

---

(٢٥) سقطت الواو من الأصل ، ا ، م .

الأَكْثَرِينَ . وإليه ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ ؛ لأَنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، فإِنَّ الثَّمَرَةَ مَجْهُولَـةٌ[26] ، وجُزْؤُهَا مَجْهُولٌ ، ومن شَرْطِ الصُّلْحِ العِلْمُ بالعِـوَضِ ، ولأَنَّ المُصالَـحَ عليـه أيضا مَجْهُولٌ ؛ لأَنَّه يَزِيدُ ويَتَغَيَّرُ على ما أَسْلَفْنَا . ووَجْهُ الأَوَّل ، أَنَّ هذا ممَّا يَكْثُرُ فى الأَمْلَاكِ ، وتَدْعُو الحَاجَةُ إليه ، وفى القَطْعِ إِتْلَافٌ ، فجَازَ مع الجَهَالَةِ ، كالصُّلْحِ على مَجْرَى مِيَاهِ الأَمْطَارِ ، والصُّلْحِ على المَوَارِيثِ الدَّارِسَةِ ، والحُقُوقِ المَجْهُولَةِ التى لا سَبِيلَ إلى عِلْمِهَا ، ويَقْوَى عندى أَنَّ[27] الصُّلْحَ هـٰهُنا يَصِحُّ ، بمَعْنَى أَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُبِيحُ صاحِبَه ما بَذَلَ له ، فصاحِبُ الهَوَاءِ يُبِيحُ صَاحِبَ الشَّجَرَةِ إِبْقَاءَهَا ، ويَمْتَنِعُ من قَطْعِها وإِزالَتِها ، وصَاحِبُ الشَّجَرَةِ يُبِيحُه ما بَذَلَ له من ثَمَرتِها ، ولا يكونُ هذا بمَعْنَى البَيْعِ ؛ لأَنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ بِمَعْدُومٍ ولا مَجْهُولٍ ، والثَّمَرةُ فى حالِ الصُّلْحِ مَعْدُومَةٌ مَجْهُولَةٌ ، ولا هو لَازِمٌ ، بل لكلِّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ عمَّا بَذَلَه ، والعَوْدُ فيما قالَه؛ لأَنَّه مُجَرَّدُ إِبَاحَةٍ من كلِّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبه ، فَجَرَى مَجْرَى قولِ كلِّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبه : اسْكُنْ دارِى ، وأَسْكُنُ دارَكَ . من غير تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، ولا ذِكْرِ شُرُوطِ الإِجارَةِ ، أو قولِه : أَبَحْتُكَ الأَكْلَ من ثَمَرةِ بُسْتَانِى ، فأَبِحْنِى الأَكْلَ من ثمرةِ بُسْتَانِكَ . وكذلك قوله : دَعْنِى أُجْرِى فى أَرْضِكَ مَاءً ، ولك أن تَسْقِىَ به ما شِئْتَ ، وتَشْرَبَ / منه . ونحو ذلك ، فهذا مِثْلُه بل أَوْلَى ، فإِنَّ هذا ممَّا تَدْعُو الحاجَةُ إليه كَثِيرًا ، وفى إِلْزَامِ القَطْعِ ضَرَرٌ كَبِيرٌ ، وإِتْلَافُ أَمْوَالٍ كَثِيرَةٍ ، وفى التَّرْكِ من غير نَفْعٍ يَصِلُ إلى صَاحِبِ الهَوَاءِ ضَرَرٌ عليه ، وفيما ذَكَرْنَاهُ جَمْعٌ بين الأَمْرَيْنِ ، ونَظَرٌ لِلْفَرِيقَيْنِ ، وهو على وَفْقِ الأُصُولِ ، فكان أَوْلَى .

٩٨/٤و

فصل : وكذلك الحُكْمُ فى كل[28] ما امْتَدَّ من عُرُوقِ شَجَرَةِ إِنْسَانٍ إلى أَرْضِ جَارِهِ ، سواءٌ أَثَّرَتْ ضَرَرًا مثلَ تَأْثِيرِها فى المَصَانِعِ ، وطَىِّ الآبَارِ ، وأَسَاسِ الحِيطَانِ أو مَنْعِها من

---

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٨) سقط من : ب .

ثَبَاتِ شَجَرٍ لِصَاحِبِ الأَرْضِ أو زَرْعٍ ، أو لم يُؤَثِّرْ ؛ فإنَّ الحُكْمَ فى قَطْعِه والصُّلْحِ عليه كالحُكْمِ فى الفُرُوعِ ، إلَّا أن العُرُوقَ لا ثَمَرَ لها ، فإن اتَّفَقا على أنَّ ما نَبَتَ من عُرُوقِهَا لِصَاحِبِ الأرْضِ ، أو جُزْءٍ مَعْلُومٍ منه ، فهو كالصُّلْحِ على الثَّمَرِ فيما ذَكَرْنَا ، فعلَى قولِنا ، إذا اصْطَلَحَا على ذلك ، فمَضَتْ مُدَّةٌ ، ثم أبَى صَاحِبُ الشَّجَرَةِ دَفْعَ نَبَاتِها إلى صَاحِبِ الأَرْضِ ، فعليه أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه إنَّما تَرَكَهُ فى أرْضِه لهذا ، فلما لم يُسَلِّمْه[29] له ، رَجَعَ بأَجْرِ المثل ، كما لو بَذَلَها بعَوضٍ فلم يُسَلِّمْ له . وكذلك الحُكْمُ فى مَن مَالَ حَائِطُه إلى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِه ، أو ذَلَقَ من أخْشَابِه إلى مِلْكِ غيرِه ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا صَالَحَهُ على المُؤَجَّلِ ببعضِه حَالًّا ، لم يَجُزْ ، كَرِهَهُ زَيْدُ بن ثَابِتٍ ، وابنُ عُمَرَ – وقال : نَهَى عُمَرُ أن تُبَاعَ العَيْنُ بالدَّيْنِ – وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والقَاسِمُ ، وسَالِمٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ عُيَيْنَةَ ، وهُشَيْمٌ ، وأبو حنيفةَ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن[30] ابن عَبَّاسٍ[30] ، والنَّخَعِىِّ ، وابن سِيرِينَ ، أنَّه لا بَأْسَ به . وعن الحَسَنِ وابنِ سِيرِينَ ، أنَّهما كانا لا يَرَيَانِ بَأْسًا بالعُرُوضِ[31] يَأْخُذُها من حَقِّه قبلَ مَحَلِّه ؛ لأنَّهما تَبَايَعَا العُرُوضَ بما فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ مِثْلِها . ولعل ابنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بأنَّ التَّعْجِيلَ جَائِزٌ ، والإسْقَاطَ وَحْدَه جَائِزٌ ، فجازَ الجَمْعُ بينهما ، كما لو فَعَلَا ذلك من غير مُوَاطَأَةٍ[32] عليه . ولَنا ، أنَّه يَبْذُلُ القَدْرَ الذى يَحُطُّه عِوَضًا عن تَعْجِيلِ ما فى ذِمَّتِه ، وبَيْعُ الحُلُولِ والتَّأْجِيلِ لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ أن يُعْطِيَهُ عَشَرَةً حَالَّةً بِعِشْرِينَ مُؤَجَّلَة ، ولأنَّه يَبِيعُه عَشَرَةً بِعِشْرِينَ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت مَعِيبَةً ، ويُفَارِقُ ما إذا كان من غيرِ مُوَاطَأَةٍ ولا عَقْدٍ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ / منهما مُتَبَرِّعٌ بِبَذْلِ حَقِّه من غير ٩٨/٤ ظ

---

(٢٩) فى ب : « يسلم » .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى ا ، ب ، م زيادة : « أن » .

(٣٢) فى م : « وطأة » .

عِوَضٍ . ولا يَلْزَمُ من جَوَازِ ذلك جَوَازُه فى العَقْدِ ، أو مع الشَّرْطِ[٣٣] كَبَيْعِ [٣٤] دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ [٣٤] . ويُفَارِقُ ما إذا اشْتَرَى العُرُوضَ بِثَمَنِ مِثْلِها ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ عن الحُلُولِ عِوَضًا . فأما إن صَالَحَهُ عن أَلْفٍ حَالَّة[٣٥] بِنِصْفِهَا مُؤَجَّلًا ، فإن فَعَلَ ذلك اخْتِيَارًا منه ، وتَبَرُّعًا به ، صَحَّ الإسْقَاطُ ، ولم يَلْزَمِ التَّأْجِيلُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، على ما ذَكَرْنا فيما مَضَى ، والإسْقَاطُ صَحِيحٌ . وإن فَعَلَهُ لِمَنْعِه من حَقِّه بدونه ، أو شَرَطَ ذلك فى الوَفَاءِ ، لم يَسْقُطْ شىءٌ أيضا . على ما ذَكَرْنا فى أَوَّلِ البَابِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فى هذا رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهما لا يَصِحُّ . وما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ ، سواءٌ كان عَيْنًا أو دَيْنًا ، إذا كان مِمَّا لا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه . قال أحمدُ فى الرَّجُلِ يُصَالِحُ على[٣٦] الشَّىْءِ ، فإن عَلِمَ أنَّه أَكْثَرُ منه ، لم يَجُزْ إلَّا أن يُوقِفَهُ عليه ، إلَّا أن يكونَ مَجْهُولًا لا يَدْرِى ما هو ، ونَقَلَ عنه عبدُ الله ، إذا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وطُحِنَا ، فإن عَرَفَ قِيمَةَ دَقِيقِ الحِنْطَةِ ودَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بِيعَ هذا ، وأُعْطِىَ كلُّ واحِدٍ منهما قِيمَةَ مَالِه ، إلَّا أن يَصْطَلِحَا على شَىْءٍ ويَتَحَالَّا . وقال ابن أبى موسى : الصُّلْحُ الجائِزُ هو صُلْحُ الزَّوْجَةِ من صَدَاقِهَا الذى لا بَيِّنَةَ لها به ، ولا عِلْمَ لها ، ولا لِلْوَرَثَةِ بِمَبْلَغِه ، وكذلك الرَّجُلَانِ يكون بَيْنَهما المُعَامَلَةُ والحِسَابُ الذى قد مَضَى عليه الزَّمَانُ الطَّوِيلُ ، لا عِلْمَ لكلِّ واحِدٍ منهما بما عليه لِصَاحِبِه ، فيجوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهما ، وكذلك مَن عليه حَقٌّ لا عِلْمَ له بِقَدْرِه ، جَازَ أن يُصَالِحَ عليه ، وسواء كان صَاحِبُ الحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ ولا بَيِّنَةَ له ، أو لا عِلْمَ له . ويقول القَابِضُ : إن كان لى عليك حَقٌّ فأَنْتَ فى حِلٍّ منه[٣٧] . ويقول الدَّافِعُ : إن كنت أَخَذْتَ مِنِّى أَكْثَرَ من حَقِّكَ فأَنْتَ منه فى حِلٍّ .

---

(٣٣) فى ا ، م : « الشركة » .

(٣٤–٣٤) فى م : « درهمين » .

(٣٥) فى الأصل ، ا : « حال » .

(٣٦) فى ب : « عن » .

(٣٧) سقط من : ا .

وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ الصُّلْحُ على مَجْهُولٍ ؛ لأنَّه فَرْعُ البَيْعِ ، ولا يَصِحُّ البَيْعُ على مَجْهُولٍ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال فى رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ : « اسْتَهِمَا ، وتَوَاخَيَا ، ولْيَحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ »[٣٨] . وهذا صُلْحٌ على المَجْهُولِ . ولأنَّه إسْقَاطُ حَقٍّ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعَتَاقِ والطَّلَاقِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الصُّلْحُ مع العِلْمِ ، وإمكانِ أدَاءِ الحَقِّ بعَيْنِه ، فَلأَنْ يَصِحَّ مع الجَهْلِ أَوْلَى ، وذلك لأنَّه إذا كان مَعْلُومًا / فلهما طَرِيقٌ إلى التَّخَلُّصِ ، وبَرَاءَةِ أحَدِهِما من صَاحِبِه بدُونِه ، ومع الجَهْلِ لا يُمْكِنُ ذلك ، فلو لم يَجُزِ[٣٩] الصُّلْحُ أَفْضَى إلى ضَيَاعِ المالِ ، على تَقْدِيرِ أن يكونَ بينهما مالٌ لا يَعْرِفُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه منه[٤٠] . ولا نُسَلِّمُ كَوْنَه بَيْعًا ، ولا فَرْعَ بَيْعٍ ، وإنَّما هو إبْرَاءٌ . وإن سَلَّمْنَا كَوْنَه بَيْعًا ، فإنَّه يَصِحُّ فى المَجْهُولِ عندَ الحاجَةِ ، بِدَلِيلِ بَيْعِ أساسَاتِ الحِيطَانِ ، وطَىِّ الآبَارِ ، وما مَأْكُولُهُ فى جَوْفِه ، ولو أتْلَفَ رَجُلٌ صُبْرَةَ طَعَامٍ لا[٤١] يَعْلَمُ قَدْرَها ، فقال صَاحِبُ الطَّعَامِ لِمُتْلِفِه : بِعْتُكَ الطَّعَامَ الذى فى ذِمَّتِكَ [٤٢]بهذه الدَّرَاهِم[٤٢] ، أو بهذا الثَّوْبِ . صَحَّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان العِوَضُ فى الصُّلْحِ ممَّا لا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِه ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ، كالمُخْتَصِمِينَ فى مَوَارِيثَ دَارِسَةٍ ، وحُقُوقٍ سَالِفَةٍ ، أو عَيْنٍ من المالِ لا يَعْلَمُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه منها ، صَحَّ الصُّلْحُ مع الجَهَالَةِ من الجانِبَيْنِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ من الخَبَرِ والمَعْنَى . وإن كان ممَّا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِه ، لم يَجُزْ مع الجَهَالَةِ ، ولا بُدَّ من كَوْنِه مَعْلُومًا ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه وَاجِبٌ ، والجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، وتُفْضِى إلى التَّنَازُعِ ، فلا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الصُّلْحِ .

فصل : فأمَّا ما يُمْكِنُهما مَعْرِفَتُه ، كَتَرِكَةٍ مَوْجُودَةٍ ، أو يَعْلَمُه الذى هو عليه ، ويَجْهَلُه صَاحِبُه ، فلا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه مع الجَهْلِ . قال أحمدُ : إن صُولِحَت امْرَأَةٌ من

٩٩/٤ و

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٦٥ .

(٣٩) فى الأصل ، م : « يجر » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) فى ب : « ولا » .

(٤٢ - ٤٢) فى ب : « بهذا الدرهم » .

ثُمُنِها ، لم يَصِحَّ . واحْتَجَّ بقولِ شُرَيْحٍ : أَيُّما امْرَأَةٍ صُولِحَتْ من ثُمُنِها ، لم يَتَبَيَّنْ لها ما تَرَكَ زَوْجُها ، فهى الرِّيبَةُ كلُّها . قال : وإن وَرِثَ قَوْمٌ مَالًا ودُورًا وغيرَ ذلك ، فقالوا لبعضِهم : نُخْرِجُكَ من المِيرَاثِ بألْف دِرْهَمٍ . أَكْرَهُ[43] ذلك ، ولا يُشْتَرَى منها شيءٌ ، وهى لا تَعْلَمُ ، لعلَّها تَظُنُّ أنه قَلِيلٌ ، وهو يَعْلَمُ أنَّه كَثِيرٌ ، ولا يَشْتَرِى حتى تَعْرِفَهُ وتَعْلَمَ ما هو ، وإنما يُصَالِحُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ على الشيءِ لا يَعْرِفُه ، ولا يَدْرِى ما هو حِسَابُ بينهما ، فيُصَالِحُه ، أو يكونُ رَجُلٌ يَعْلَمُ مَالَهُ على رَجُلٍ ، والآخَرُ لا يَعْلَمُهُ فيُصَالِحُه ، فأمَّا إذا عَلِمَ فلم يُصَالِحُه ؟ إنَّما يُرِيدُ أن[44] يَهْضِمَ حَقَّه [45] ويَذْهَبَ به[45] . وذلك لأنَّ الصُّلْحَ إنَّما جَازَ مع الجَهَالَةِ ، لِلْحَاجَةِ إليه لإبْرَاءِ الذِّمَمِ ، وإزَالَةِ الخِصَامِ[46] ، فمع إمْكَانِ العِلْمِ لا حَاجَةَ إلى الصُّلْحِ مع الجَهَالَةِ ، فلم يَصِحَّ كالبَيْعِ .

٤/٩٩ظ **فصل** : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن كلِّ ما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه / سواءٌ كان ممَّا يجوزُ بَيْعُه أو لا يجوزُ ، فيَصِحُّ عن دَمِ العَمْدِ ، وسُكْنَى الدَّارِ ، وعَيْبِ المَبِيعِ . ومتى صَالَحَ عمَّا يُوجِبُ القِصَاصَ بأكْثَرَ من دِيَتِه أو أقَلَّ ، جَازَ . وقد رُوِىَ أنَّ الحسنَ والحسينَ[47] وسَعِيدَ ابنَ العاصِ بَذَلُوا للذى وَجَبَ له القِصَاصُ على هُدْبَةَ بن خَشْرَمٍ[48] سَبْعَ دِيَاتٍ ، فأبَى أن يَقْبَلَها . ولأنَّ المالَ غيرُ مُتَعَيِّنٍ ، فلا يَقَعُ العِوَضُ فى مُقَابَلَتِه . فأمَّا إن صَالَحَ عن قَتْلِ الخَطَأِ بأكْثَرَ من دِيَتِه من جِنْسِها ، لم يَجُزْ . وكذلك لو أتْلَفَ عَبْدًا أو شيئًا غيرَه ، فصَالَحَ عنه بأكْثَرَ من قِيمَتِه من جِنْسِها ، لم يَجُزْ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ عِوَضًا عن المُتْلَفِ ، فجَازَ أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من قِيمَتِه ، كما لو بَاعَهُ بذلك .

---

(٤٣) أى قال : أكره ذلك .

(٤٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٥–٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى ب : « الخصائم » .

(٤٧) سقطت الواو من : م .

(٤٨) هدبة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الحطيئة ، قتل رجلا من بنى رقاش ، فى خبر طويل ، قتل نحو سنة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

ولَنا ، أنَّ الدِّيَةَ والقِيمَةَ ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ مُقَدَّرَةً ، فلم يَجُزْ أن يُصَالِحَ عنها بأكْثَرَ منها من جِنْسِها ، كالثَّابِتَةِ عن قَرْضٍ أو ثَمَنِ مَبِيعٍ ، ولأنَّه إذا أخَذَ أكْثَرَ منها فقد أخَذَ حَقَّهُ وزِيَادَةً لا مُقَابِلَ لها ، فيكونُ أكْلُ مَالٍ بالبَاطِلِ . فأمَّا إن صَالَحَهُ على غيرِ جِنْسِها ، بأكْثَرَ قِيمَةً منها ، جازَ ؛ لأنَّه بَيْعٌ ، ويَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ الشىءَ بأكْثَرَ من قِيمَتِه أو أقَلَّ .

فصل : ولو صَالَحَ عن المائةِ الثَّابِتَةِ فى الذِّمَّةِ بالإِتْلَافِ ، بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، لم يَجُزْ ، وكانت حَالَّةً . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وعن أحْمَدَ : يجوزُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه عَاوَضَ عن المُتْلَفِ بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، فجازَ ، كما لو بَاعَهُ إيَّاهُ . ولَنا ، أنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ عليه قِيمَةَ المُتْلَفِ ، وهو مائةٌ حالَّةٌ ، والحالُّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، وإن جَعَلْنَاهُ بَيْعًا فهو بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وبَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ غيرُ جائِزٍ .

فصل : ولو صَالَحَ عن القِصَاصِ بِعَبْدٍ ، فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ بقِيمَتِه فى قولِهم جَمِيعًا . وإن خَرَجَ حُرًّا فكذلك . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ بالدِّيَةِ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فَاسِدٌ ، فيَرْجِعُ[49] بِبَدَلِ ما صَالَحَ عنه ، وهو الدِّيَةُ . ولَنا ، أنَّه تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ ما جَعَلَهُ عِوَضًا ، فرَجَعَ فى قِيمَتِه ، كما لو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا .

فصل : ولو صَالَحَ عن دَارٍ أو عَبْدٍ بِعِوَضٍ ، فوَجَدَ العِوَضَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ فى الدَّارِ وما صَالَحَ عنه ، و بِقِيمَتِه إن كان تَالِفًا ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هٰهُنا بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، فإذا تَبَيَّنَ أنَّ العِوَضَ كان مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا كان البَيْعُ فَاسِدًا ، فرَجَعَ فيما كان له ، / بخِلَافِ الصُّلْحِ عن القِصَاصِ ، فإنَّه ليس بِبَيْعٍ ، وإنما يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقاطِ القِصَاصِ . ولو اشْتَرَى شَيْئًا فوَجَدَه مَعِيبًا ، فصَالَحَه [50] عن عَيْبِه [50] بعَبْدٍ ، فبَانَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ بأَرْشِ العَيْبِ . ولو كان البائِعُ امْرَأَةً ، فزَوَّجَتْهُ نَفْسَها عِوَضًا عن أرْشِ العَيْبِ ، فزَالَ العَيْبُ رَجَعَتْ بأَرْشِه ، لا بِمَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّها رَضِيَتْ ذلك مَهْرًا لها .

١٠٠/٤ و

---

(٤٩) فى الأصل ، ا ، م : « فرجع » .

(٥٠-٥٠) فى ا ، م : « عنه » .

فصل : ولو صالَحه عن القِصاصِ[٥١] بحُرٍّ يَعْلَمانِ حُرِّيَتَهُ أو عَبْدٍ يَعْلَمانِ أنَّه مُسْتَحقٌّ ، أو تَصالَحا بذلك عن غير القِصَاص ، رَجَعَ بالدِّيَةِ ، وبما صالَحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هٰهُنا باطِلٌ يَعْلَمانِ بُطْلَانَه ، فكان وُجُودُه كعَدَمِه .

فصل : إذا صالَحَ رَجُلًا على مَوْضِعِ قَناةٍ من أَرْضِه يَجْرِى فيها مَاءٌ ، وبَيَّنَا مَوْضِعَها وعَرْضَها وطُولَها ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ لِمَوْضِعٍ[٥٢] من أَرْضِه ، ولا حَاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِه ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ المَوْضِعَ كان له إلى تُخُومِه ، فله أن يَنْزِلَ فيه ما شاءَ . وإن صالَحَه[٥٣] على إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ من أرْضِ رَبِّ الأَرْضِ ، مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ، فهذا إجَارَةٌ لِلْأَرْضِ ، فيُشْتَرَطُ تَقْدِيرُ المُدَّةِ ؛ لأنَّ هذا شَأْنُ الإِجارَةِ . فإن كانتِ الأَرْضُ فى يَدِ رَجُلٍ بإجَارَةٍ ، جازَ له أن يُصالِحَ رَجُلًا على إجْرَاءِ الماءِ فيها فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تُجَاوِزُ مُدَّةَ إجارَتِه . وإن لم تكن السَّاقِيَةُ مَحْفُورَةً لم يَجُزْ أن يُصالِحَه على ذلك ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ إحْدَاثُ سَاقِيَةٍ فى أَرْضٍ فى يَدِه بإجَارَةٍ . فأمَّا إن كانت الأَرْضُ فى يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو كالمُسْتَأْجِرِ ، له أن يُصالِحَ على إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وليس له أن يَحْفِرَ فيها سَاقِيَةً ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، إنَّما يَسْتَوْفِى مَنْفَعَتَها ، كالأَرْضِ المُسْتَأْجَرَةِ سواءً . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافِعِىِّ . والأَوْلَى أنَّه يجوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لأنَّ الأَرْضَ له ، وله التَّصرُّفُ فيها كيفما شاءَ ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فيها إلى غيره ، بخِلَافِ المُسْتَأْجِرِ ، فإنَّه إنَّما يَتصرَّفُ فيها بما أُذِنَ له فيه ، فكان المَوْقُوفُ عليه بمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إذا أُذِنَ له فى الحَفْرِ ، فإن مَاتَ المَوْقُوفُ عليه فى أَثْنَاءِ المُدَّةِ ، فهل لمن انْتَقَلَ إليه فَسْخُ الصُّلْحِ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما إذا آجَرَهُ مُدَّةً ، فماتَ فى أَثْنائِها . فإن قُلْنا : له فَسْخُ الصُّلْحِ . فَفَسَخَه ، رَجَعَ المُصَالِحُ على وَرَثَةِ الذى صَالَحَه / بِقِسْطِ ما بَقِىَ من المُدَّةِ . وإن قُلْنا : ليس له الفَسْخُ . رَجَعَ مَن انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على الوَرَثَةِ . ٤/١٠٠ظ

---

(٥١) فى ب ، م زيادة : « من » .

(٥٢) فى ا ، م : « موضع » .

(٥٣) سقط من : ا ، م .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا على إجْرَاء ماءِ سَطْحِه من المَطَرِ على سَطْحِه ، [٥٤]أو فى أرْضِه عن سَطْحِه[٥٤] ، أو فى أرْضِه عن أرْضِه ، جَازَ ، إذا كان ما يَجْـرِى ماؤُه[٥٥] مَعْلُومًا ، إمَّا بالمُشَاهَدَةِ ، وإمَّا بِمَعْرِفَةِ المِسَاحَةِ ؛ لأنَّ الماءَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِ السَّطْحِ و كِبَرِه . ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بغيرِ ذلك . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ المَوْضِعِ الذى يَجْـرِى[٥٦] منه الماءُ إلى السَّطْحِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ . ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لأنَّ الحاجَـةَ تَدْعُو إلى هذا ، ويَجوزُ العَقْدُ على المَنْفَعَةِ فى مَوْضِعِ الحاجَةِ غيرَ مُقَدَّرٍ ، كما فى النِّكَاحِ ، ولا يَمْلِكُ صَاحِبُ الماءِ مَجْرَاهُ ؛ لأنَّ هذا لا يَسْتَوْفِى به مَنَافِعَ المَجْرَى دائِمًا[٥٧] ، ولا[٥٨] فى أكْثَرِ المُدَّةِ ، بِخِلَافِ السَّاقِيَةِ ، ويَخْتَلِفَانِ أيضا[٥٩] فى أنَّ الماءَ الذى فى السَّاقِيَةِ لا يَحْتَاجُ إلى ما يُقَدَّرُ به ؛ لأنَّ تَقْدِيرَ ذلك حَصَلَ بِتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ أن يُجْرِىَ فيها أكْثَرَ من مَائِها ، والماءُ الذى على السَّطْحِ يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ السَّطْحِ ؛ لأنَّه يَجْرِى منه القَلِيلُ والكَثِيرُ . وإن كان السَّطْحُ الذى يَجْرِى عليه الماءُ مُسْتَأْجَرًا ، أو عَارِيَّةً مع إنْسَانٍ ، لم يَجُزْ أن يُصَالِحَ على إجْرَاءِ الماءِ عليه ؛ لأنَّه يَتَضَرَّرُ بذلك ، ولم يُؤْذَنْ له فيه ، فلم يكُنْ له أن يَتَصرَّفَ به ، بِخِلَافِ الماءِ فى السَّاقِيَةِ المَحْفُورَةِ ، فإنَّ الأرْضَ لا تَتَضَرَّرُ به . وإن كان مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِى على أرْضٍ ، احْتَمَلَ أن لا يجوزَ له الصُّلْحُ على ذلك ؛ لأنَّه إن احْتَاجَ إلى حَفْرٍ لم يَجُزْ له أن يَحْفِرَ أرْضَ غيرِه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لغيرِ صَاحِبِ الأرْضِ رَسْمًا ، فَرُبَّما ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذلك على صَاحِبِها . واحْتَمَلَ الجَوَازَ إذا لم يَحْتَجْ إلى حَفْرٍ ، ولم تكُنْ فيه مَضَرَّةٌ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . ولا يجوزُ إلَّا مُدَّةً لا تَزِيدُ على مُدَّةِ إجَارَتِه ، كما قُلْنا فى إجْرَاءِ الماءِ فى السَّاقِيَةِ . واللهُ أعلمُ .

(٥٤ – ٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) فى ا ، م : « ماءا » .

(٥٦) فى ب : « يخرج » .

(٥٧) سقط من : م .

(٥٨) فى م : « ولا المدة » .

(٥٩) سقط من : م .

فصل : وإذا أَرادَ أن يُجْرِىَ مَاءً فى أَرْضِ غيرِه لغيرِ ضَرُورَةٍ ، لم يَجُزْ إلّا بإذْنِه ، وإن كان لِضَرُورَةٍ ، مثلُ أن يكونَ له أرْضٌ لِلزِّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إلَّا أَرْضُ جارِه ، فهل له ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، إحْداهما ، (60) لا يجوزُ (60) ؛ لأنَّه تَصرَّفَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضَرُورَةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجَةِ لا تُبِيحُ مالَ غيرِه ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يُبَاحُ له(61) الزَّرْعُ فى أرْضِ غيرِه ، ولا البِنَاءُ فيها ، ولا الانْتفاعُ(62) بشىءٍ / من مَنَافِعِهَا المُحَرَّمَةِ عليه قبلَ هذه الحاجَةِ . والأُخْرَى يجوزُ ؛ لما رُوِىَ أنَّ الضَّحَّاكَ بن خَلِيفَةَ سَاقَ خليجًا من العُرَيْضِ(63) ، فأَرادَ أن يَمُرَّ به فى أرْضِ مُحَمَّدِ بن مَسْلَمَةَ ، فأَبَى ، فقال له الضَّحَّاكُ : لِمَ تَمْنَعُنِى وهو مَنْفَعَةٌ لك ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّكَ ؟ فأَبَى مُحَمَّدٌ ، فكَلَّمَ فيه الضَّحَّاكُ عُمَرَ ، فدَعَا مُحَمَّدَ بن مَسْلَمَةَ ، وأَمَرَهُ أن يُخَلِّىَ سَبِيلَه . فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال له عمرُ(64) : لِمَ تَمْنَعُ أخاكَ (65) ما يَنْفَعُه (65) ، وهو لك نَافِعٌ ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا ؟ فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال عُمَرُ : واللهِ لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكَ . فأَمَرَهُ عُمَرُ أن يَمُرَّ به ، ففَعَلَه(66) . رَوَاهُ مَالِكٌ فى « مُوَطَّأه »(67) ، وسَعِيدٌ فى « سُنَنِه » . والأَوَّلُ أَقْيَسُ ، وقولُ عُمَرَ يُخَالِفُه قولُ مُحَمَّدِ بن مَسْلَمَةَ ، وهو مُوافِقٌ للأُصُولِ ، فكان أَوْلَى .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا على أن يَسْقِىَ أَرْضَه من نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ، أو من عَيْنِه ، وقَدَّرَهُ بشىءٍ يُعْلَمُ به ، فقال القاضى : لا يجوزُ ؛ لأنَّ الماءَ ليس بِمَمْلُوكٍ ، ولا يجوزُ بَيْعُه ، فلا يجوزُ الصُّلْحُ عليه ، ولأنَّه مَجْهُولٌ . قال : وإن صَالَحَهُ على سَهْمٍ من العَيْنِ أو

(60 - 60) سقط من : ب ، م . وورد فى نهاية المسألة فى م : قبل قوله : « والأخرى » الآتى .

(61) سقط من : ا ، ب ، م .

(62) فى م : « الامتناع » تحريف .

(63) العريض : وادى المدينة ، معجم البلدان 3 / 661 .

(64) سقط من : م .

(65 - 65) فى الأصل ، ا : « منفعته » .

(66) فى ا ، ب ، م : « ففعل » .

(67) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ 2 / 746 .

النَّهْرِ كالثُّلُثِ أو الرُّبُعِ ، جَازَ ، وكان بَيْعًا لِلْقَرَارِ ، والماءُ تابِعٌ له . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ الصُّلْحُ على السَّقْيِ من نَهْرِه وقَنَاتِه ؛ لأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، والماءُ مما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه فى الجُمْلَةِ ، بِدَلِيلِ ما لو أخَذَهُ فى قِرْبَتِه أو إنَائِه ، ويجوزُ الصُّلْحُ على مالا يجوزُ بَيْعُه ؛ بِدَلِيلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ وأشْبَاهِه ، والصُّلْحِ على المَجْهُولِ[68] .

فصل : ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على ما لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، مثل أن يُصَالِحَ امْرَأَةً لِتُقِرَّ له[69] بالزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنَّه صُلْحٌ يُحِلُّ حَرَامًا ، ولأنَّها لو أرادَتْ بَذْلَ نَفْسِها بِعِوَضٍ لم يَجُزْ . وإن دَفَعَتْ إليه عِوَضًا عن هذه الدَّعْوَى لِيَكُفَّ عنها ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فى الإنْكَارِ إنَّما يكون فى حَقِّ المُنْكِرِ لافْتِدَاءِ اليَمِينِ ، وهذه لا يَمِينَ عليها ، وفى حَقِّ المُدَّعِي بِأَخْذِ العِوَضِ فى مُقَابَلَةِ حَقِّه الذى يَدَّعِيه ، وخُرُوجُ البُضْعِ من مِلْكِ الزَّوْجِ لا قِيمَةَ له ، وإنَّما أُجِيزَ الخُلْعُ للحَاجَةِ إلى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . والثانى ، يَصِحُّ ، ذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ / يَأْخُذُ عِوَضًا عن حَقِّه من النِّكَاحِ ، فجازَ كعِوَضِ الخُلْعِ ، والمَرْأَةُ تَبْذُلُه لِقَطْعِ خُصُومَتِه وإزَالَةِ شَرِّه ، ورُبَّمَا تَوَجَّهَتِ اليَمِينُ عليها لكَوْنِ الحاكِمِ يَرَى ذلك ،[70] أو لأنَّها مَشْرُوعَةٌ فى حَقِّها فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ[70] ، ومتى صَالَحَتْهُ على ذلك ، ثم[71] ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ بإقْرَارِهَا أو بِبَيِّنَةٍ ، فإن قُلْنا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ . فالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ من الزَّوْجِ طَلَاقٌ ولا خُلْعٌ . وإن قُلْنا : هو صَحِيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضا ؛[72] لذلك ، واحْتَمَلَ[72] أن تَبِينَ منه بِأَخْذِ العِوَضِ ؛ لأنَّه أخَذَ العِوَضَ عمَّا يَسْتَحِقُّه من نِكَاحِها ، فكان خُلْعًا ، كما لو أقَرَّتْ له بالزَّوْجِيَّةِ فخَالَعَها[73] . ولو ادَّعَتْ أن زَوْجَها طَلَّقَها ثلاثًا ، فصالَحَها على مَالٍ لِتَنْزِلَ عن

١٠١/٤ ظ

---

(٦٨) فى ب زيادة : « عوضا بالأصل » .

(٦٩) سقط من : ا ، م .

(٧٠ – ٧٠) سقط من : ب ، وفى : ا ، م : « ولأنها » مكان : « أو لأنها » .

(٧١) سقط من : م .

(٧٢ – ٧٢) فى ا ، ب ، م : « ولذلك احتمل » .

(٧٣) فى ب مكان هذا : « أو لأنها مشروعة فى إحدى الروايتين » .

دَعْواها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ لها بَذْلُ نَفْسِهَا لِمُطَلِّقِهَا بِعِوَضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَتْ إليه مَالًا لِيُقِرَّ بطَلَاقِها ، لم يَجُزْ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخرِ يجوزُ ، كما لو بَذَلَتْ له عِوَضًا لِيُطَلِّقَها ثلاثا .

فصل : وإن ادَّعَى على رَجُلٍ أنَّه عَبْدُه ، فأنْكَرَه ، فصَالَحَهُ على مَالٍ لِيُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُحِلُّ حَرَامًا ، فإنَّ إرْقَاقَ الحُرِّ نَفْسَه لا يَحِلُّ بِعِوَضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَ إليه المُدَّعَى عليه مَالًا صُلْحًا عن دَعْوَاه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَعْتِقَ عَبْدَه بمالٍ ، ويُشْرَعُ لِلدَّافِعِ(٧٤) لِدَفْعِ اليَمِينِ الوَاجِبَةِ عليه ، والخُصُومَةِ المُتَوَجِّهَةِ إليه . ولو ادَّعَى على رَجُلٍ أَلْفًا ، فأَنْكَرَهُ ، فدَفَعَ إليه شَيْئًا لِيُقِرَّ له بالأَلْفِ ، لم يَصِحَّ . فإن أقَرَّ لَزِمَهُ ما أقَرَّ به ، ويَرُدُّ ما أخَذَهُ ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ بإقْرارِهِ كَذِبُه فى إنْكَارِه ، وأنَّ الأَلْفَ عليه ، فيَلْزَمُه أداؤُه بغيرِ عِوَضٍ ، ولا يَحِلُّ له أخْذُ العِوَضِ عن أدَاءِ الوَاجِبِ عليه . وإن دَفَعَ إليه المُنْكِرُ مَالًا صُلْحًا عن دَعْوَاه ، صَحَّ . وقد مَضَى ذِكْرُه .

فصل : ولو صَالَحَ شَاهِدًا على أن لا يَشْهَدَ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أحْوَالٍ : أحدها ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بحَقٍّ تَلْزَمُ الشَّهَادَةُ به ، كدَيْنِ آدَمِيٍّ(٧٥) ، أو حَقٍّ للهِ تعالى لا يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ، كالزَّكَاةِ ونحوِها ، فلا يجوزُ كِتْمَانُه ، ولا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عن ذلك ، كما لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ على شُرْبِ الخَمْرِ وتَرْكِ الصَّلَاةِ . الثانى ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بالزُّورِ . فهذا يَجِبُ عليه تَرْكُ ذلك ، ويحرمُ عليه فِعْلُه / ، فلا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كما لا يجوزُ أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَقْتُلَه ولا يَغْصِبَ مَالَهُ . الثالث ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بما يُوجِبُ حَدًّا ، كالزِّنَا والسَّرِقَةِ ، فلا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لأنَّ ذلك ليس بحَقٍّ له ، فلم يَجُزْ له أخْذُ عِوَضِه ، كسَائِرِ ما ليس بحَقٍّ له . ولو صَالَحَ السَّارِقَ والزَّانِىَ والشَّارِبَ بِمَالٍ ، على أن لا يَرْفَعَهُ إلى

١٠٢/٤ و

---

(٧٤) سقط من : ا .

(٧٥) فى ب : « لآدمى » .

السُّلْطَانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ لذلك ، ولم يَجُزْ له أَخْذُ العِوَضِ . وإن صَالَحَهُ عن حَدِّ القَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إن كان لله تعالى ، لم يكُنْ له أن يأْخُذَ عِوَضَه ، لِكَوْنِه ليس بِحَقٍّ له ، فأَشْبَه حَدَّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، وإن كان حَقًّا له ، لم يَجز الاعْتِيَاضُ عنه ، لكَوْنِه حَقًّا ليس بمَالِيٍّ ، ولهذا لا يَسْقُطُ إلى بَدَلٍ ، بِخِلَافِ القِصَاصِ ، ولأنَّه شُرِعَ لِتَنْزِيهِ العِرْضِ ، فلا يجوزُ أن يَعْتاضَ عن عِرْضِه بمالٍ . وهل يَسْقُطُ الحَدُّ بالصُّلْحِ ؟ فيه وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ على الخِلَافِ فى كَوْنِه حَقًّا لله تعالى ، أو حَقًّا لآدَمِيٍّ ؛ فإن كان حَقًّا لله تعالى ، لم يَسْقُطْ بِصُلْحِ الآدَمِيِّ ولا إسْقَاطِه ، كَحدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، وإن كان حَقًّا لآدَمِيٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِه وإسْقَاطِه ، مثل القِصَاصِ . وإن صَالَحَ عن حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه حَقٌّ شُرِعَ على خِلَافِ الأَصْلِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فإذا رَضِىَ بالْتِزَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الحَقُّ من غير بَدَلٍ ، كحَدِّ القَذْفِ ، إلَّا أنَّه يَسْقُطُ هٰهُنا وَجْهًا واحِدًا ؛ لِكَوْنِه حَقًّا لآدَمِيٍّ .

فصل : ولا يجوزُ أن يَشْرَعَ إلى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحا ؛ وهو الرَّوْشَنُ يكُونُ على أَطْرَافِ خَشَبَةٍ مَدْفُونَةٍ فى الحائِطِ ، وأَطْرَافُها خَارِجَةٌ فى الطَّرِيقِ ، سواءٌ كان ذلك يَضُرُّ فى العَادَةِ بالمَارَّةِ أو لا يَضُرُّ . ولا يجوزُ أن يَحْمِلَ[٧٦] عليها سَابَاطًا[٧٧] بطَرِيقِ الأَوْلَى ، وهو المُسْتَوفِى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كلِّه على حَائِطَيْنِ ، سواءٌ كان الحائِطَانِ مِلْكَه أو لم يكُونا ، وسواءٌ أَذِنَ الإمَامُ فى ذلك أو لم يَأْذَنْ . وقال ابنُ عَقِيلٍ: إن لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ جازَ بإِذْنِ الإِمَامِ؛ لأنَّه نَائِبُهم، فجَرَى إذْنُه مَجرَى إذْنِ المُشْتَرِكِينَ فى الدَّرْبِ الذى ليس بِنَافِذٍ. وقال أبو حنيفةَ: يجوزُ من ذلك ما لا ضَرَرَ فيه، وإن عَارَضَهُ رَجُلٌ من المُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُه. وقال مالِكٌ، والشَّافِعِيُّ، والأَوْزَاعِيُّ، وإسحاقُ، وأبو يوسفَ، ومحمدٌ: يجوزُ ذلك إذا لم يَضُرَّ بالمَارَّةِ ، / ولا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنْعَه ؛ لأنَّه ارْتَفَقَ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أَحَدٍ فيه من غير مَضَرَّةٍ، فكان جَائِزًا، كالمَشْىِ فى الطَّرِيقِ والجُلُوسِ فيها. واخْتَلَفُوا فيما لا يَضُرُّ، ١٠٢/٤ظ

---

(٧٦) فى ب : « يجعل » .

(٧٧) السَاباط : سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ .

فقال بعضُهم : إن كان فى شَارِعٍ تَمُرُّ فيه الجُيُوشُ والأَحْمَالُ ، فيكونُ بحيثُ إذا سَارَ فيه الفَارِسُ وَرُمْحُه مَنصُوبٌ لا يَبْلُغُه . وقال أكْثَرُهم : لا يُقَدَّرُ بذلك ، بل يكونُ بحيثُ لا يَضُرُّ بالْعَمَّارِيَّاتِ[٧٨] والمَحَامِلِ . ولَنا ، أنَّه بِنَاءٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كبِنَاءِ الدَّكَّةِ أو بِنَاءِ ذلك فى دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ بغير إذْنِ أهْلِه ، ويُفَارِقُ المُرُورَ فى الطَّرِيقِ ، فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجُلُوسُ لا يَدُومُ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظْلِمُ الطَّرِيقَ ، ويَسُدُّ الضَّوْءَ ، وربَّما سَقَطَ على المارَّةِ ، أو سَقَطَ منه شىءٌ ، وقد تَعْلُو الأَرْضُ بمُرُورِ الزَّمَانِ ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النّاسِ ، ويَمْنَعُ مُرُورَ الدَّوَابِّ بالأَحْمَالِ ، ويَقْطَعُ الطَّرِيقَ إلَّا على الماشِى ، وقد رَأَيْنا مثل هذا كثيرا ، وما يُفْضِى إلى الضَّرَرِ فى ثانى الحالِ ، يَجِبُ المَنْعُ منه فى ابْتِدَائِه ، كما لو أرَادَ بِنَاءَ حَائِطٍ مائِلٍ إلى الطَّرِيقِ يُخْشَى وُقُوعُه على من يَمُرُّ فيها . وعلى أبى حنيفةَ : أنَّه بِناءٌ فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ ، لو مَنَعَ منه بعضُ أهْلِه لم يَجُزْ ، فلم يَجُزْ بغير إذْنِهِم ، كما لو أخْرَجَهُ إلى هَوَاءِ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ ، وذلك لأنَّ حَقَّ الآدَمِىِّ لا يجوزُ لغيرِه التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إذْنِه ، وإن كان سَاكِتًا ، كما لا يجوزُ إذا مَنَعَ منه .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِىَ فى الطَّرِيقِ دُكَّانًا ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه ، سواءٌ كان الطَّرِيقُ وَاسِعًا أو غيرَ وَاسِعٍ ، سواءٌ أذِنَ الإمَامُ فيه أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه بِنَاءٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ولأنَّه يُؤْذِى المارَّةَ ويُضَيِّقُ عليهم ، ويَعْثُرُ به العاثِرُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِىَ دُكَّانًا ولا يُخْرِجَ رَوْشَنًا ، ولا سَابَاطًا على دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، إلَّا بإذْنِ أهْلِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، إذا لم يكُنْ له فى الدَّرْبِ بَابٌ ، وإن كان له فى الدَّرْبِ بَابٌ ، فقد اخْتَلَفَ أصْحَابُه[٧٩] ، فمنهم من مَنَعَهُ أيضا ، ومنهم مَن أجَازَ له إخْرَاجَ الجَنَاحِ والسَّابَاطِ ؛ لأنَّ له فى الدَّرْبِ اسْتِطْرَاقا ، فمَلَكَ ذلك ، كما يَمْلِكُهُ فى الدَّرْبِ

---

(٧٨) العمارية : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٧٩) فى الأصل : « أصحابنا » .

النَّافِذِ . ولَنا ، أنَّه بنَاءٌ فى هَوَاءِ مِلْكِ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أشْبَه ما لو لم يكن له(٨٠) فيه بَابٌ ، ولا نُسَلِّمُ الأَصْلَ / الذى قَاسُوا عليه . فأما إن أَذِنَ أَهْلُ الدَّرْبِ فيه ، جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجَازَ بإِذْنِهِم ، كما لو كان المالِكُ واحدًا . وإن صَالَحَ أَهْلَ الدَّرْبِ من ذلك على عِوَضٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وقال القاضِى ، وأصْحَابُ الشَّافِعِىِّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لِلْهَوَاءِ دون القَرَارِ . ولَنا ، أنَّه يَبْنِى فيه بإِذْنِهِم ، فجَازَ ، كما لو أَذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، ولأنَّه مِلْكٌ لهم ، فجَازَ لهم أخْذُ عِوَضِه ، كالقَرَارِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَجوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ ما يُخْرِجُه مَعْلُومَ المِقْدَارِ فى الخُرُوجِ والعُلُوِّ ، وهكذا الحُكْمُ فيما إذا أخْرَجَه إلى مِلْكِ إنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، لا يجوزُ بغير إذْنِه ، ويجوزُ بإِذْنِه ، بِعِوَضٍ وبغيرِه ، إذا كان مَعْلُومَ المِقْدَارِ . واللهُ أعلمُ .

١٠٣/٤ و

فصل : ولا يجوزُ أن يَحْفِرَ فى الطَّرِيقِ النَّافِذَةِ بِئْرًا لِنَفْسِه ، سواءٌ جَعَلَها لِمَاءِ المَطَرِ ، أو لِيَسْتَخْرِجَ منها ما يَنْتَفِعُ به ، ولا غير ذلك ؛ لما ذَكَرْنَا من قبلُ . وإن أَرَادَ حَفْرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ ونَفْعِهِم(٨١) أو لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مثل أن يَحْفِرَهَا لِيَسْتَقِىَ الناسُ من مَائِهَا ، ويَشْرَبَ منه المارَّةُ ، أو لِيَنْزِلَ فيها مَاءُ المَطَرِ عن الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ، فإن كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أو يَحْفِرُها فى مَمَرِّ الناسِ بحيثُ يُخَافُ سُقُوطُ إنْسانٍ فيها أو دَابَّةٍ ، أو يُضَيِّقُ عليهم مَمَرَّهم ، لم يَجُزْ ذلك ؛ لأن ضَرَرَهَا أكْثَرُ من نَفْعِهَا ، وإن حَفَرَها فى زَاوِيَةٍ فى(٨٢) طرِيقٍ واسِعٍ ، وجَعَلَ عليها ما يَمْنَعُ الوُقُوعَ فيها ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك نَفْعٌ بلا ضَرَرٍ ، فجَازَ ، كتَمْهِيدِها ، وبِنَاءِ رَصِيفٍ فيها ، فأَمَّا(٨٣) فِعْلُه فى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فلا يجوزُ إلَّا بإِذْنِ أَهْلِه ؛ لأنَّ هذا مِلْكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فلم يَجُزْ فِعْلُ ذلك بغيرِ إذْنِهِم . كما لو فَعَلَهُ فى بُسْتَانِ إنْسانٍ . ولو صَالَحَ أَهْلَ الدَّرْبِ عن ذلك بِعِوَضٍ ، جَازَ ، سواءٌ حَفَرَهَا لِنَفْسِه

(٨٠) سقط من : الأصل .

(٨١) فى ا : « لنفعهم » .

(٨٢) فى ب : « من » .

(٨٣) فى ا ، م زيادة : « ما » .

لِيَنْزِلَ[٨٤] فيها مَاءُ المَطَرِ عن دَارِه ، أو لِيَسْتَقِيَ منها مَاءً لِنَفْسِه ، أو حَفَرَها لِلسَّبِيلِ ونَفْعِ الطَّرِيقِ . وكذلك إن فَعَلَ ذلك فى مِلْكِ إنْسَانٍ مُعَيَّنٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ إخْرَاجُ المَيَازِيبِ إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ . ولا يجوزُ إخْرَاجُها إلى دَرْبٍ نَافِذٍ إلَّا بإذْنِ أَهْلِه . وقال أبو حنيفةَ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ : يجوزُ إخْرَاجُه إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، اجْتَازَ على دارِ العَبَّاسِ وقد نَصَبَ مِيزَابًا على[٨٥] الطَّرِيقِ ، فقَلَعَهُ ، فقال العَبَّاسُ : تَقْلَعُهُ وقد نَصَبَهُ رسولُ اللهِ ﷺ بيَدِه ؟ فقال : واللهِ لا نَصَبْتَه / إلَّا على ظَهْرِى ، وانْحَنَى حتى صَعَدَ على ظَهْرِه ، فنَصَبَهُ[٨٦] . وما فَعَلَهُ رسولُ اللهِ ﷺ فلغيرِه فِعْلُه ، ما لم يَقُمْ دَلِيلٌ على اخْتِصَاصِه به . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ولا يمكنُه رَدُّ مائِه إلى الدَّارِ . ولأنَّ الناسَ يَعْمَلُونَ ذلك فى جَمِيعِ بِلَادِ الإسْلَامِ من غيرِ نَكِيرٍ . ولَنا ، أنَّ هذا تَصَرُّفٌ فى هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبين غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غيرَ نَافِذٍ ، ولأنَّه يَضُرُّ بالطَّرِيقِ وأَهْلِها ، فلم يَجُزْ ، كَبِنَاءِ دَكَّةٍ فيها أو جَنَاحٍ يَضُرُّ بأَهْلِها ، ولا يَخْفَى ما فيه من الضَّرَرِ ، فإنَّ مَاءَهُ يَقَعُ على المَارَّةِ ، وربما جَرَى فيه البَوْلُ أو ماءٌ نَجِسٌ فيُنَجِّسُهُمْ ، ويُزَلِّقُ الطَّرِيقَ ، ويَجْعَلُ فيها الطِّينَ ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه كان فى دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ ، أو تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بعدَ نَصْبِه ، ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك ؛ لأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إليه ، والعَادَةَ جَارِيَةٌ به ، مع ما فيه من الخَبَرِ المَذْكُورِ .

فصل : ولا يجوزُ أن يَفْتَحَ فى الحائِطِ المُشْتَرَكِ طَاقًا ولا بَابًا ، إلَّا بإذْنِ شَرِيكِه ؛ لأنَّ ذلك انْتِفَاعٌ بِمِلْكِ غيرِه ، وتَصَرُّفٌ فيه بما يَضُرُّ به . ولا يجوزُ أن يَغْرِزَ فيه وَتِدًا ، ولا يُحْدِثَ عليه حَائِطًا ولا يَسْتُرَه ، ولا يَتَصَرَّفَ فيه نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى الحائِطِ

٤/١٠٣ظ

---

(٨٤) فى م : « فينزل » .

(٨٥) فى ا ، م : « إلى » .

(٨٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ . والحاكم ، فى : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٣ / ٣٣١ .

بما يَضُرُّ به ، فلم يَجُزْ ، كنَقْضِه . ولا يجُوزُ له فِعْلُ شيءٍ من ذلك فى حَائِطِ جَارِه بطَرِيقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ فيما له فيه حَقٌّ ، ففيما لا حَقَّ له فيه أَوْلَى . وإن صَالَحَهُ عن ذلك بِعِوَضٍ ، جَازَ . وأمَّا الاسْتِنَادُ إليه ، وإسْنَادُ شيءٍ لا يَضُرُّهُ إليه ، فلا بَأْسَ به ؛ لأنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، أشْبَه الاسْتِظْلَالَ به .

فصل : فأمَّا وَضْعُ خَشَبِهِ عليه ، فإن كان يَضُرُّ بالحائِطِ لِضَعْفِه عن حَمْلِه ، لم يَجُزْ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولقولِ رسولِ الله ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[٨٧] . وإن كان لا يَضُرُّ به ، إلَّا أنَّ به غُنْيَةً عن وَضْعِ خَشَبِهِ عليه ، لِإمْكَانِ وَضْعِه على غيرِه ، فقال أكْثَرُ أصْحَابِنا : لا يجوزُ أيضا . وهو قول الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . لأنَّه انْتِفَاعٌ بِمِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه من غيرِ حَاجَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كبِنَاءِ حَائِطٍ عليه . وأشَارَ ابنُ عَقِيلٍ إلى جَوَازِه ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « لا يَمْنَعُ أحَدُكُمْ جَارَهُ أنْ يَضَعَ خَشَبَه عَلَى جِدَارِه » . مُتَّفَقٌ عليه[٨٨] . ولأنَّ ما / أُبِيحَ للحَاجَةِ[٨٩] العَامَّةِ لم يُعْتَبَرْ فيه حَقِيقَةُ الحاجَةِ[٨٩] ، كأَخْذِ الشِّقْصِ بالشُّفْعَةِ من المُشْتَرِى ، والفَسْخِ بالخِيَارِ أو بالعَيْبِ ، واتِّخَاذِ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وإبَاحَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمَّا إن دَعَتِ الحاجَةُ إلى وَضْعِه على حَائِطِ جَارِه ، أو الحائِطِ المُشْتَرَكِ ، بحيثُ لا يُمْكِنُه التَّسْقِيفُ بدُونِه ، فإنَّه يجوزُ له وَضْعُه بغيرِ إذْنِ الشَّرِيكِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ فى القَدِيمِ .

١٠٤/٤ و

---

(٨٧) فى الأصل ، ب : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث فى : ٤ / ١٤٠ .

(٨٨) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره ، من كتاب المظالم ، وفى : باب الشرب من فم السقاء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخارى ٣ / ١٧٣ ، ٧ / ١٤٥ . ومسلم ، فى : باب غرز الخشب فى جدار الجار ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٨٣ . والترمذى ، فى : باب فى الرجل يضع على حائط خشبا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٣ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

(٨٩ – ٨٩) سقط من : ا . نقلة نظر .

وقال فى الجَدِيدِ : ليس له وَضْعُه . وهو قول أبى حنيفةَ ، ومَالِكٍ ؛ لأنَّه انْتِفَاعٌ بمِلْكِ غيرِه من غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كزِرَاعَتِه . ولَنا ، الخَبَرُ ، ولأنَّه انْتِفَاعٌ بحَائِطِ جَارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ به ، أشْبَه الاسْتِنَادَ إليه والاسْتِظْلَالَ به ، ويُفَارِقُ الزَّرْعَ ، فإنَّه يَضُرُّ ، ولم تَدْعُ إليه حَاجَةٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فاشْتَرطَ القاضى وأبو الخَطَّابِ لِلْجَوَازِ أن يكونَ له ثَلَاثَةُ حِيطَانٍ ، ولِجَارِه حَائِطٌ واحدٌ ، وليس هذا فى كلامِ أحمدَ ، إنَّما قال ، فى رِوَايَةِ أبى داودَ : لا يَمْنَعُه إذا لم يكُنْ ضَرَرٌ ، وكان الحائِطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حَائِطَيْنِ إذا كانا غيرَ مُتَقَابِلَيْنِ ، أو كان البَيْتُ وَاسِعًا يَحْتَاجُ إلى أن يَجْعَلَ عليه جِسْرًا ثم يَضَعُ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . والأَوْلَى اعْتِبَارُه بما ذَكَرْنَا من اعْتِبَارِ التَّسْقِيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنَا بين البَالِغِ واليَتِيمِ والمَجْنُونِ والعَاقِلِ ؛ لما ذَكَرْنَا . واللهُ أعلمُ .

فصل : فأمَّا وَضْعُه فى جِدَارِ المَسْجِدِ ، إذا وُجِدَ الشَّرْطَانِ ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ : إحْدَاهما ، الجَوَازُ ؛ لأنَّه إذا جَازَ فى مِلْكِ الجارِ ، مع أنَّ حَقَّهُ مَبْنِيٌّ على الشُّحِّ والضِّيقِ ، ففى حُقُوقِ اللهِ تعالى المَبْنِيَّةِ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ أوْلَى . والثانية ، لا يجوزُ . نَقَلَها أبو طَالِبٍ ؛ لأنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِى المَنْعَ فى حَقِّ الكُلِّ ، تُرِكَ فى حَقِّ الجارِ لِلْخَبَرِ الوَارِدِ فيه ، فوَجَبَ البَقَاءُ فى غيرِه على مُقْتَضَى القِيَاسِ . وهذا اخْتِيَارُ أبى بكرٍ . وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ من هذه الرِّوَايَةِ وَجْهًا لِلْمَنْعِ من وَضْعِ الخَشَبِ فى مِلْكِ الجَارِ ؛ لأنَّه إذا مُنِعَ[90] من وَضْعِ الخَشَبِ فى الجِدَارِ المُشْتَرَكِ بين المُسْلِمِينَ ولِلْوَاضِعِ فيه حَقٌّ فَلأَنْ يُمْنَعَ مَن المُخْتَصِّ بغيرِه أوْلَى . ولأنَّه إذا مُنِعَ فى حَقٍّ للهِ تعالى مع أنَّ حَقَّهُ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ ؛ لِغِنَى اللهِ تَعَالَى وكَرَمِه ، فَلأَنْ يُمْنَعَ فى حَقِّ آدَمِيٍّ مع شُحِّه وضِيقِه أوْلَى . [91]والمَذْهَبُ الأَوَّلُ[91] . فإن قِيل : فلِمَ لا تُجِيزُونَ فَتْحَ الطَّاقِ والبابِ فى الحائِطِ ، بالقِيَاسِ / على وَضْعِ الخَشَبِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الخَشَبَ يُمْسِكُ الحائِطَ ويَنْفَعُه ، بخِلَافِ الطَّاقِ والبَابِ ، فإنَّه يُضْعِفُ الحائطَ ، لأنَّه يَبْقَى مَفْتُوحًا فى الحائِطِ ، والذى

١٠٤/٤ظ

---

(٩٠) فى ا ، م : « امتنع » .

(٩١ – ٩١) سقط من : الأصل .

يَفْتَحه لِلْخَشبَةِ يَسُدُّهُ بها ، ولأنَّ وَضْعَ الخَشَبِ تَدْعُو الحاجةُ إليه ، بخِلَافِ غيرِه .

فصل : ومن مَلَكَ وَضْعَ خَشبِهِ على حَائِطٍ ، فزَالَ بسُقُوطِه ، أو قَلْعِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فله إعَادَةُ خَشَبِهِ ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُجَوِّزَ لِوَضْعِه مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَّ اسْتِحْقَاقُ ذلك . وإن زَالَ السَّبَبُ ، مثل أن يُخْشَى على الحَائِطِ من وَضْعِه عليه ، أو اسْتُغْنِىَ عن وَضْعِه ، لم تَجُزْ إعَادَتُه ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ المُبِيحِ . وإن خِيفَ سُقُوطُ الحائِطِ بعدَ وَضْعِه عليه ، (٩٢أو اسْتُغْنِىَ عن وَضْعِه٩٢) ، لَزِمَ إزَالَتُه ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالمالِكِ ، ويَزُولُ الخَشَبُ . وإن لم يُخَفْ عليه ، لكن اسْتُغْنِىَ عن إبْقَائِه عليه ، لم(٩٣) يَلْزَمْ إزالَتُه ؛ لأنَّ فى إزَالَتِه ضَرَرًا بِصَاحِبِه ، ولا ضَرَرَ على صَاحِبِ الحائِطِ فى إبْقَائِه ، بِخِلَافِ ما لو خَشِىَ سُقُوطَهُ .

فصل : ولو كان له وَضْعُ خَشَبِه على جِدَارِ غيرِه ، لم يَمْلِكْ إعَارَتَه (٩٤ولا إجَارَتَه٩٤) ؛ لأنَّه إنَّما كان له ذلك لِحَاجَتِه المَاسَّةِ إلى وَضْعِ خَشَبِه ، ولا حَاجَةَ له إلى وَضْعِ خَشَبِ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه . وكذلك لا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّه من وَضْعِ(٩٥) خَشَبِه ، ولا المُصَالَحَةَ عنه لِلْمَالِكِ ولا لغيرِه ؛ لأنَّه أُبِيحَ له من حَقِّ غيرِه لِحَاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ذلك فيه ، كطَعَامِ غيرِه إذا أُبِيحَ له من أجْلِ الضَّرُورَةِ ، ولو أرَادَ صَاحِبُ الحائِطِ إعَارَةَ الحائِطِ ، أو إجَارَتَهُ على وَجْهٍ يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقَّ من وَضْعِ خَشَبِه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه وَسِيلَةٌ إلى مَنْعِ ذى الحَقِّ من حَقِّه ، فلم يَمْلِكْه ، كمَنْعِه . ولو أرَادَ هَدْمَ الحائِطِ لغيرِ حَاجَةٍ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لما فيه من تَفْوِيتِ الحَقِّ . وإن احْتَاجَ إلى هَدْمِه لِلْخَوْفِ من انْهِدَامِه ، أو لِتَحْوِيلِه إلى مَكَانٍ آخَرَ ، أو لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ، مَلَكَ ذلك ؛ لأنَّ صَاحِبَ الخَشَبِ إنما ثَبَتَ(٩٦) حَقُّه لِلإِرْفَاقِ به ، مَشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ لِصَاحِبِ الحائِطِ(٩٧) ،

(٩٢ - ٩٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٣) فى الأصل : « ولم » .

(٩٤ - ٩٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٩٥) سقط من : ب .

(٩٦) فى ا ، ب ، م : « يثبت » .

(٩٧) فى ا ، م : « الحق » .

فمتى أَفْضَى إلى الضَّرَرِ زَالَ الاسْتِحْقَاقُ ؛ لِزَوالِ شَرْطِه .

فصل : وإذا أَذِنَ صَاحِبُ الحائِطِ لِجَارِه فى البِنَاءِ على حَائِطِه ، أو وَضْعِ سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْعِ خَشَبِه عليه فى المَوْضِعِ الذى لا يَسْتَحِقُّ وَضْعَهُ ، جَازَ ، فإذا فَعَلَ ما أُذِنَ له فيه ، صَارَتْ العَارِيَّةُ لَازِمَةً ، فإذا رَجَعَ / المُعِيرُ فيها ، لم يكُنْ له ذلك ، ولم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ إزَالَةُ ما فَعَلَه ؛ لأنَّ إذْنَهُ اقْتَضَى البَقَاءَ والدَّوَامَ ، وفى القَلْعِ إضْرَارٌ به ، فلا يَمْلِكُ ذلك المُعِيرُ ، كما لو أعَارَهُ أرْضًا لِلدَّفْنِ والغِرَاسِ ، لم يَمْلِكْ المُطَالَبَةَ بِنَقْلِ المَيِّتِ والغِرَاسِ بغيرِ ضَمَانٍ . وإن أرَادَ هَدْمَ الحائِطِ لغير حَاجَةٍ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ المُسْتَعِيرَ قد اسْتَحَقَّ تَبْقِيَةَ الخَشَبِ عليه ، ولا ضَرَرَ فى تَبْقِيَتِه . وإن كان مُسْتَهْدَمًا ، فله نَقْضُه . وعَلَى[98] صَاحِبِ البِنَاءِ والخَشَبِ إزَالَتُه . وإذا أُعِيدَ الحائِطُ لم يَمْلِكِ المُسْتَعِيرُ رَدَّ بِنَائِه وخَشَبِه إلَّا بإذْنٍ جَدِيدٍ ، سواءٌ بَنَاهُ بآلَتِه أو غيرِها . وهكذا لو قَلَعَ المُسْتَعِيرُ خَشَبَه[99] ، أو سَقَطَ بِنَفسِه ، لم يكُنْ له رَدُّه إلَّا بإذْنٍ مُسْتَأْنِفٍ ؛ لأنَّ المَنْعَ من القَلْعِ إنَّما كان لما فيه من الضَّرَرِ ، وهٰهُنا قد حَصَلَ القَلْعُ بغيرِ فِعْلِه ، فأشْبَهَ ما لو كان فى الأَرْضِ شَجَرٌ فانْقَلَعَ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ، وقالوا فى الآخَرِ : له ذلك ؛ لأنَّه قد اسْتَحَقَّ بَقَاءَ ذلك على التَّأْبِيدِ . وليس كذلك ؛ فإنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الإِبْقَاءَ ضَرُورَةَ دَفْعِ ضَرَرِ القَلْعِ ، وقد حَصَلَ القَلْعُ هٰهُنا ، فلا يَبْقَى الاسْتِحْقَاقُ . وإن قَلَعَ صَاحِبُ الحائِطِ ذلك عُدْوانًا ، كان لِلآخَرِ إعَادَتُه ؛ لأنَّه أُزِيلَ بغير حَقٍّ ، تَعَدِّيًا مِمَّن عليه الحَقُّ ، فلم يَسْقُط الحَقُّ عنه بِعُدْوَانِه . وإن أزَالَهُ أجْنَبِىٌّ[100] ، لم يَمْلِكْ صَاحِبُه إعَادَتَه بغيرِ إذْنِ المالِكِ ؛ لأنَّه زَالَ بغير عُدْوَانٍ منه ، فأشْبَه ما لو سَقَطَ بِنَفْسِه .

فصل : وإن أَذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبِه ، أو البِنَاءِ على جِدَارِه بِعِوَضٍ ، جَازَ ، سواءٌ كان إجَارَةً فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أو صُلْحًا على وَضْعِه على التَّأْبِيدِ . ومتى زَالَ فله إعَادَتُه ، سواءٌ

---

(٩٨) فى ا ، م : « وله على » .

(٩٩) فى ا ، ب ، م : « خشبا » .

(١٠٠) سقط من : الأصل .

زَالَ لِسُقُوطِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، أو غيرِ ذلك ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ إبْقاءَه بِعِوَضٍ ، ويَحْتَاجُ إلى أن يكونَ البِنَاءُ مَعْلُومَ العَرْضِ والطُّولِ ، والسُّمْكِ ، والآلاتِ من الطِّينِ واللَّبِنِ ، (١٠١) أو الطِّينِ (١٠١) والآجُرِّ وما أشْبَهَ ذلك ؛ لأنَّ هذا كلَّه يَخْتَلِفُ فيُحْتَاجُ إلى مَعْرِفَتِه . وإذا سَقَطَ الحائِطُ الذى عليه البِنَاءُ أو الخَشَبُ ، فى أثْنَاءِ مُدَّةِ الإجارَةِ ، سُقُوطًا لا يَعُودُ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ فيما بَقِىَ (١٠٢) من المُدَّةِ (١٠٢) ، ورَجَعَ من الأُجْرَةِ بِقِسْطِ ما بَقِىَ من المُدَّةِ . وإن أُعِيدَ ، رَجَعَ من الأُجْرَةِ بِقَدْرِ المُدَّةِ التى سَقَطَ البِنَاءُ والخَشَبُ / عنه . وإن صَالَحَهُ مالكُ الحائِطِ على رَفْعِ بِنَائِه أو خَشَبِه بشىءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ ، كما يجوزُ الصُّلْحُ على وَضْعِه ، سواءٌ كان ما صَالَحَه به مثلَ العِوَضِ الذى صُولِحَ به على وَضْعِه ، أو أقَلَّ أو أكْثَرَ ؛ لأنَّ هذا عِوَضٌ عن المَنْفَعَةِ المُسْتَحَقَّةِ له . وكذلك لو كان له مَسِيلُ مَاءٍ فى أرْضِ غيرِه ، أو مِيزَابٌ ، أو غيرُه ، فصَالَحَ صَاحِبُ الأرْضِ مُسْتَحِقَّ ذلك بِعِوَضٍ ، لِيُزِيلَه عنه ، جَازَ . وإن كان الخَشَبُ أو الحائِطُ قد سَقَطَ ، فصَالَحَهُ بشىءٍ على أن لا يُعِيدَه ، جَازَ ؛ لأنَّه لمَّا جَازَ أن يَبِيعَ ذلك منه ، جَازَ أن يُصَالِحَه (١٠٣) عنه ؛ لأن الصُّلْحَ بَيْعٌ .

١٠٥/٤ ظ

فصل : وإذا وُجِدَ بَنَاؤُه أو خَشَبُه على حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائِطِ جَارِه ، ولم يُعْلَمْ سَبَبُهُ ، فمتى زَالَ فله إعادَتُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ هذا الوَضْعَ بِحَقٍّ من صُلْحٍ أو غيرِه ، فلا يَزُولُ هذا الظَّاهِرُ حتى يُعْلَمَ خِلَافُهُ . وكذلك لو وُجِدَ مَسِيلُ مَائِه فى أرْضِ غيرِه ، أو مَجْرَى ماءِ سَطْحِه على سَطْحِ غيرِه ، وما أشْبَهَ هذا ، فهو له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه له بِحَقٍّ ، فجَرَى ذلك مَجْرَى اليَدِ الثَّابِتَةِ . وإذا اخْتَلَفَا فى ذلك ، هل هو بِحَقٍّ أو بِعُدْوَانٍ ؟ فالقولُ قولُ صَاحِبِ الخَشَبِ والبِنَاءِ والمَسِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه .

فصل : إذا ادَّعَى رَجُلٌ دَارًا فى يَدِ أَخَوَيْنِ ، فأنْكَرَه أحَدُهما ، وأَقَرَّ له الآخَرُ ، ثم

(١٠١ – ١٠١) سقط من : ا ، م .

(١٠٢ – ١٠٢) سقط من : م .

(١٠٣) فى ب : « يصالح » .

صَالَحه عمَّا أقرَّ له بِعِوَضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ولأَخِيهِ الأَخذُ بالشُّفْعَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفرِّق بين ما إذا كان الإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، وبينَ ما إذا قال : هذه لنا وَرِثْنَاهَا جَمِيعًا عن أَبِينَا أو أَخِينَا . فيُقال : إذا كان الإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، كان له الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ، وإن قال : وَرِثْنَاهَا عن أَبِينَا . فلا شُفْعَةَ له ؛ لأَنَّ المُنْكِرَ يَزْعُمُ أن المِلْكَ لأَخِيهِ المُقِرِّ لم يَزُلْ ، وأن الصُّلْحَ باطِلٌ ، فَيُؤَاخَذُ بذلك ، ولا يَسْتَحِقُّ به شُفْعَةً . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعِى حُكْمًا ؛ وقد رَجَعَ إلى المُقِرِّ بالبَيْعِ ، وهو مُعْتَرِفٌ بأنَّه بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فتَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان الإِنْكَارُ مُطْلَقًا . ويجوزُ أن يكونَ انْتَقَلَ نَصِيبُ المُقِرِّ إلى المُدَّعِى بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو سَبَبٍ من الأَسْبَابِ ، فلا يَتَنَافَى إِنْكَارُ المُنْكِرِ وإِقْرَارُ المُقِرِّ ، كحَالَةِ إِطْلَاقِ الإِنْكَارِ . وهذا أَصَحُّ .

٨١٩ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا تَدَاعَى نَفْسَانِ جِدارًا مَعْقُودًا بِبِنَاءِ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا ، تَحَالَفَا ، وكَانَ بَيْنَهُمَا . وكَذٰلِكَ إنْ كَانَ مَحْلُولًا مِنْ بِنَائِهِمَا . وإن كَانَ مَعْقُودًا / بِبِنَاءِ أحَدِهِمَا ، كَانَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ**) . ١٠٦/٤و

وجُمْلَةُ ذلك أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إذا تَدَاعَيَا حَائِطًا بين مِلْكَيْهِما ، وتَسَاوَيَا فى كَوْنِه مَعْقُودًا بِبِنَائِهِما معا ، وهو أن يكونَ مُتَّصِلًا بهما اتِّصَالًا لا يمكنُ إِحْدَاثُه بعدَ بِنَاءِ الحَائِطِ ، مثل اتِّصَالِ البِنَاءِ بالطِّينِ ، كهذه الفَطَائِرِ التى لا يُمْكِنُ إِحْدَاثُ اتِّصَالِ بعضِها ببعضٍ ، أو تَسَاوَيَا فى كونِه مَحْلُولًا من بِنَائِهما ، أو[1] غيرَ مُتَّصِلٍ بِبِنَائِهما الاتِّصَالَ المَذْكُورَ ، بل بينهما شَقٌّ مُسْتَطِيلٌ ، كما يكونُ بين الحَائِطَيْنِ اللذين أُلْصِقَ أَحَدُهُما بالآخرِ . فهما سواءٌ فى الدَّعْوَى ، فإن لم يكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا ، فَيَحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على نِصْفِ الحائِطِ ، أنَّه لَهُ ، ويُجْعَلُ بينهما نِصْفَيْنِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَدُه على نِصْفِ الحائِطِ ؛ لِكَوْنِ الحائِطِ فى أَيْدِيهما . وإن حَلَفَ كلُّ واحِدٍ منهما على جَمِيعِ الحائِطِ ، أنَّه له ، وما هو لِصَاحِبِه ، جَازَ ، وهو بينهما . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ

---

(١) فى الأصل : « أى » .

المُنْذِرِ . ولا أعْلَمُ فيه مُخَالِفًا ؛ وذلك لأنَّ المُخْتَلِفَيْنِ فى العَيْنِ ، إذا لم يكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ مَن هى فى يَدِه مع يَمِينِه ، فإذا كانتْ فى أيْدِيهما ، كانتْ يَدُ كلِّ واحِدٍ منهما على نِصْفِها ، فيكونُ القولُ قولَه فى نِصْفِها مع يَمِينِه . وإن كان لأَحَدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وصَارَا كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . فإن لم يكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ، ونَكَلَا عن اليَمِينِ ، كان الحائِطُ فى أيْدِيهما على ما كان . وإن حَلَفَ أحَدُهما ، ونَكَلَ الآخَرُ ، قُضِىَ على النَّاكِلِ ، فكان الكلُّ للآخَرِ . وإن كان الحَائِطُ مُتَّصِلًا ببِنَاءِ أحَدِهِما دون الآخَرِ ، فهو له مع يَمِينِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يُرَجَّحُ بالعَقْدِ ، ولا يُنْظَرُ إليه . ولَنا ، أنَّ الظَّاهِرَ أنَّ هذا البِنَاءَ بُنِىَ كله بِنَاءً واحِدًا ، فإذا كان بعضُه لِرَجُلٍ ، كان بَقِيَّتُه له ، والبِنَاءُ الآخَرُ المَحْلُولُ ، الظَّاهِرُ أنَّه بُنِىَ وَحْدَه ، فإنَّه لو بُنِىَ مع هذا ، كان مُتَّصِلًا به ، فالظَّاهِرُ أنَّه لغيرِ صَاحِبِ هذا الحائِطِ المُخْتَلَفِ فيه ، فوَجَب أن يُرَجَّحَ بهذا ، كاليدِ والأَزَجِ[2] . فإن قِيل : فَلِمَ لم تَجْعَلُوهُ له بغيرِ يَمِينٍ لذلك ؟ قلنا : لأنَّ ذلك ظَاهِرٌ ، وليس بيَقِينٍ ، إذ يحْتَمِلُ أن يكونَ أحَدُهما بَنَى الحَائِطَ لِصَاحِبِه تَبَرُّعًا مع حَائِطِه ، أو كان له فوَهَبَهُ / إيَّاه ، أو بَنَاهُ بأُجْرَةٍ ، فَشُرِعَتِ اليَمِينُ من أجْلِ الاحْتِمَالِ ، كما شُرِعَتْ فى حَقِّ صَاحِبِ اليَدِ ، وسَائِرِ من وَجَبَتْ عليه اليَمِينُ . فأمَّا إن كان مَعْقُودًا بِبِنَاءِ أحَدِهما عَقْدًا يُمْكِنُ إحْدَاثُه ، مثل البِنَاءِ باللَّبِنِ والآجُرِّ ، فإنَّه يُمْكِنُ أن يُنْزَعَ من الحائِطِ المَبْنِىِّ نِصْفُ لَبِنَةٍ أو آجُرَّةٍ ، ويُجْعَلَ[3] مكانَها لَبِنَةٌ صَحِيحَةٌ أو آجُرَّةٌ صَحِيحَةٌ تُعْقَدُ بين الحَائِطَيْنِ ، فقال القاضى : لا يُرَجَّحُ بهذا ؛ لِاحْتِمَالِ أن يكونَ (٤ صَاحِبُ الحَائِطِ ٤) فَعَلَ هذا لِيَتَمَلَّكَ الحَائِطَ المُشْتَرَكَ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُرَجَّحُ بهذا الاتِّصَالِ ، كما يُرَجَّحُ بالاتِّصَالِ الذى لا يُمْكِنُ إحْدَاثُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ صَاحِبَ الحائِطِ لا يَدَعُ غيرَه يَتَصَرَّفُ فيه ، بِنَزْعِ آجُرِّه ،

٤/١٠٦ظ

---

(٢) الأزج : نوع من الأبنية .

(٣) فى الأصل ، ا ، م : « أو يجعل » .

(٤ – ٤) سقط من : ا ، ب .

وتَغْيِيرِ بِنَائِه ، وفِعْلِ ما يَدُلُّ على مِلْكِه[٥] ، فوَجَبَ أن يُرَجَّحَ بهذا ، كما يُرَجَّحُ باليَدِ ، فإنَّه يُمْكِنُ أن تكونَ يَدًا عَادِيَةً ، حَدَثَتْ بالغَصْبِ أو بالسَّرِقَةِ أو العَارِيَّةِ أو الإِجَارَةِ ، فلم يَمْنَعْ ذلك التَّرْجِيحَ بها .

فصل : فإن كان لأحَدِهما عليه بِنَاءٌ ، كحَائِطٍ مَبْنِيٍّ عليه ، أو عَقْدٍ مُعْتَمِدٍ عليه ، أو قُبَّةٍ (٦ ونحو هذا ٦) ، فهو له . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ؛ لأنَّ وَضْعَ بِنَائِه عليه[٧] بمَنْزِلَةِ اليَدِ الثَّابِتَةِ عليه ، لكَوْنِه مُنْتَفِعًا به ، فجَرَى مَجْرَى كَوْنِ حِمْلِه على البَهِيمَةِ وزَرْعِه فى الأرْضِ ، ولأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ الإِنسانَ لا يَتْرُكُ غيرَه يَبْنِى على حَائِطِه . وكذلك إن كانتْ له عليه سُتْرَةٌ ، ولو كان فى أصْلِ الحائِطِ خَشَبَةٌ طَرَفُها تَحْتَ حَائِطٍ يَنْفَرِدُ به أحَدُهما ، أو له عليها أزَجٌّ مَعْقُودٌ ، فالحَائِطُ المُخْتَلَفُ فيه له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن الخَشَبَةَ لمن يَنْفَرِدُ بِوَضْعِ بِنَائِه عليها ، فيكونُ الظَّاهِرُ أنَّ ما عليها من البِنَاءِ له .

فصل : فإن كان لأحَدِهما خَشَبٌ مَوْضُوعٌ ، فقال أصْحابُنا : لا تُرَجَّحُ دَعْوَاه بذلك . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَسْمَحُ به الجَارُ . وقد وَرَدَ الخَبَرُ بالنَّهْيِ عن المَنْعِ منه . وعندَنا أنَّه حَقٌّ يَجِبُ التَّمْكِينُ منه . فلم تُرَجَّحْ به الدَّعْوَى ، كإِسْنَادِ مَتَاعِه فيه[٨] ، وتَجْصِيصِه وتَزْوِيقِه . ويَحْتَمِلُ أن تُرَجَّحَ به الدَّعْوَى . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّه مُنْتَفِعٌ به بِوَضْعِ مَالِه عليه ، فأشْبَه البَانِىَ عليه والزَّارِعَ فى الأرْضِ ، ووُرُودُ الشَّرْعِ بالنَّهْيِ عن المَنْعِ منه ، لا يَمْنَعُ كَوْنَه دَلِيلًا على الاسْتِحْقَاقِ / ، بِدَلِيلِ أنَّنا[٩] اسْتَدْلَلْنَا بِوَضْعِه على كَوْنِ الوَضْعِ مُسْتَحَقًّا على الدَّوَامِ ، حتى متى زَالَ جَازَتْ إِعَادَتُه ، ولأنَّ كَوْنَه مُسْتَحَقًّا تُشْتَرَطُ له الحَاجَةُ إلى وَضْعِه ، ففيما لا حَاجَةَ إليه له مَنْعُهُ من وَضْعِه . وأمَّا السَّمَاحُ به ، فإنَّ أكْثَرَ النَّاسِ لا يَتَسَامَحُونَ به ، ولهذا لمَّا رَوَى أبو هُرَيْرَةَ الحَدِيثَ عن النبيِّ ﷺ ، طَأْطَؤُا رُءُوسَهُم ، كَرَاهةً لذلك ، فقال : مَالِى

٤/١٠٧و

(٥) فى ا زيادة : « له » .

(٦ - ٦) فى ا ، م : « ونحوها » .

(٧) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٨) فى ا ، ب : « إليه » .

(٩) فى ا ، م : « أن » .

أراكم عنها مُعْرِضِينَ ؟ واللهِ لأَرْمِيَنَّ بها بين أكْتَافِكُمْ[١٠] . وأكْثَرُ الفُقَهاءِ لا يُوجِبُونَ التَّمْكِينَ من هذا ، ويَحْمِلُونَ الحَدِيثَ على كَرَاهَةِ المَنْعِ لا على تَحْرِيمِه . ولأنَّ الحائطَ يُبْنَى لذلك ، فيُرَجَّحُ به ، كالأَزَجِ . وقال أصْحابُ أبي حنيفةَ : لا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بالجِذْعِ الواحِدِ ؛ لأنَّ الحَائِطَ لا يُبْنَى له ، ويُرَجَّحُ بالجِذْعَيْنِ ؛ لأنَّ الحَائِطَ يُبْنَى لهما . ولَنا ، أنَّه مَوْضُوعٌ على الحَائِطِ ، فاسْتَوَى في تَرْجِيحِ الدَّعْوَى به قَلِيلُه وكَثِيرُه ، كالبِنَاءِ .

فصل : ولا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بكَوْنِ الدَّوَاخِلِ إلى أحَدِهما والخَوَارِجِ ووُجُوهِ الآجُرِّ والحِجَارَةِ ، ولا كَوْنِ الآجُرَّةِ الصَّحِيحَةِ ممَّا يَلِى مِلْكَ أحَدِهما وأقْطَاعِ الآجُرِّ إلى مِلْكِ الآخَرِ ، ولا بمَعَاقِدِ القِمْطِ في الخُصِّ ، يَعْنِي عَقْدَ الخُيُوطِ التي يُشَدُّ بها الخُصُّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يُحْكَمُ به لمَن إليه وَجْهُ الحائِطِ ومَعَاقِدُ القِمْطِ ؛ لما رَوَى [١١] نِمْرَانُ بن جَارِيَةَ [١١] التَّمِيمِيُّ ، عن أبِيهِ ، أنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إلى النبيِّ ﷺ في خُصٍّ ، فبَعَثَ حُذَيْفَةَ بن اليَمَانِ لِيَحْكُمَ بينهم ، فحَكَمَ به لمَن يَلِيه مَعَاقِدُ القِمْطِ ، ثم رَجَعَ إلى النبيِّ ﷺ ، فأخْبَرَه ، فقال : « أَصَبْتَ ، وأَحْسَنْتَ » . رَوَاهُ ابنُ مَاجَه[١٢] . ورُوِىَ نحوُه عن عَلِيٍّ . ولأنَّ العُرْفَ جَارٍ[١٣] بأن من بَنَى حَائِطًا جَعَلَ وَجْهَ الحائِطِ إليه . ولَنا ، عُمُومُ قوله عليه السَّلَامُ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِى ، والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أنْكَرَ »[١٤] . ولأنَّ وَجْهَ الحائِطِ ومَعَاقِدَ القِمْطِ إذا كانا شَرِيكَيْنِ فيه لا بُدَّ من أن يكونَ

---

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥ .

(١١ - ١١) في النسخ : « تمر بن حارثة » تصحيف وتحريف . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ .

(١٢) في : باب الرجلان يدعيان في خص ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٥ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : باب في المرأة تقتل إذا ارتدت . سنن الدارقطني ٤ / ٢٢٩ .

(١٣) في النسخ : « جاريا » خطأ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٣ / ١٨٧ . ومسلم ، في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ٦ / ٨٧ ، ٨٨ . وابن ماجه ، في : باب اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

إلى أحَدِهمَا ، إذْ لا يُمْكِنُ كونُه إليهما جَميعًا ، فبَطَلَتْ دَلَالَتُه كالتَّزْوِيقِ ، ولأنَّه يُرَادُ لِلزِّينَةِ ، فأشْبَهَ التَّزْوِيقَ . وحَدِيثُهُم لا يُثْبِتُه أَهْلُ النَّقْلِ ، وإسْنَادُه مَجْهُولٌ . قالَه ابنُ المُنْذِرِ . قال الشَّالَنْجِيُّ[١٥] : ذَكَرْتُ هذا الحَدِيثَ لأحمدَ ، فلم يُقْنِعْهُ ، وذَكَرْتُه لإسحاقَ بن رَاهُويَه ، فقال : ليس هذا حَدِيثًا . / ولم يُصَحِّحْهُ . وحَدِيثُ عَلِيٍّ فيه مَقَالٌ ، وما ذَكَرُوه من العُرْفِ ليس بِصَحِيحٍ ؛ فإنَّ العادَةَ جَعْلُ وَجْهِ الحائِطِ إلى خَارِجٍ لِيَرَاهُ الناسُ ، كما يَلْبَسُ الرَّجُلُ أحْسَنَ أثْوَابِه ، أعْلَاهَا الظَّاهِرُ للنّاسِ ، لِيَروْه ، فيَتَزَيَّنُ به ، فلا دَلِيلَ فيه .

١٠٧/٤ ظ

فصل : ولا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بالتَّزْوِيقِ والتَّحْسِينِ ، ولا يكونُ أحَدُهما له على الآجُرِّ سُتْرَةٌ غيرُ مَبْنِيَّةٍ عليه ؛ لأنَّه مما يُتَسَامَحُ به ، ويُمْكِنُ إحْدَاثُه .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ العُلْوِ والسُّفْلِ ، فى حَوَائِط البَيْتِ السُّفْلَانِىِّ ، فهى لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لأنَّه المُنْتَفِعُ بها ، وهى من جُمْلَةِ البَيْتِ ، فكانتْ لِصَاحِبه . وإن تَنَازَعَا حَوَائِطَ[١٦] العُلْوِ ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لذلك . وإن تَنَازَعَا السَّقْفَ ، تَحَالَفا ، وكان بينهما . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : هو لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لأنَّ السَّقْفَ على مِلْكِه ، فكان القولُ قولَه ، كما لو تَنازَعا سَرْجًا على دَابَّةِ أحَدِهما ، كان القولُ قولَ صَاحِبِها . وحُكِىَ عن مَالِكٍ ، أنه لِصَاحِبِ السُّفْلِ . وحُكِىَ عنه ، أنَّه لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لأنَّه يَجْلِسُ عليه ، ويَتَصرَّفُ فيه ، ولا يمكنُه السُّكْنَى إلَّا به . ولَنا ، أنَّه حَاجِزٌ بين مِلْكَيْهما ، يَنْتَفِعَانِ به ، غيرَ مُتَّصِلٍ بِبِناءِ أحَدِهما اتِّصَالَ البُنْيَانِ ، فكان بينهما ، كالحَائِطِ بين المِلْكَيْنِ . وقولُهم : هو على مِلْكِ صَاحِبِ السُّفْلِ . يَبْطُلُ بحِيطَانِ العُلْوِ ، ولا يُشْبِهُ السَّرْجَ على الدَّابَّةِ ؛ لأنَّه لا يَنْتَفِعُ به غيرُ صَاحِبِها ، ولا يُرَادُ إلَّا لها ، فكان فى يَدِه . وهذا السَّقْفُ يَنْتَفِعُ به كلُّ واحِدٍ منهما ؛ لأنَّه سَمَاءُ صَاحِبِ السُّفْلِ

---

(١٥) هو إسماعيل بن سعيد، وتقدمت ترجمته فى : ١ / ٣٧ .

(١٦) فى الأصل : « فى حوائط » .

يُظِلُّه ، وأَرْضُ صَاحِبِ العُلْوِ تُقِلُّه ، فَاسْتَوَيَا فيه .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ العُلْوِ والسُّفْلِ فى الدَّرَجَةِ التى يَصْعَدُ منها ، فإن لم يَكُنْ تَحْتها مِرْفَقٌ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، كَسُلَّم مُسَمَّرًا ، أو دَكَّةٍ ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ وَحْدَهُ ؛ لأَنَّ له اليَدَ والتَّصرُّفَ وحدَه ؛ لأَنَّها مَصْعَدُ صَاحِبِ العُلْوِ لا غيرُ . والعَرْصَةُ التى عليها الدَّرَجَةُ له أيضا ؛ لِانْتِفَاعِه بها وحدَه . وإن كان تحتها شَىْءٌ[17] بُنِيَتْ لأَجْلِه ، لتكونَ مَدْرَجًا لِلْعُلْوِ ، فهى بينهما ؛ لأَنَّ يَدَيْهِما عليها ، ولأَنَّها سَقْفٌ للسُّفْلَانِىِّ ، ومَوْطِئٌ لِلْفَوْقَانِىِّ ، فهى كالسَّقْفِ الذى بينهما . وإن كان تحتها طَاقٌ صَغِيرٌ لم تُبْنَ الدَّرَجَةُ لأَجْلِه ، وإنَّما جُعِلَ مِرْفَقًا يُجْعَلُ فيه جُبُّ الماءِ ونحوُه ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لأَنَّها بُنِيَتْ لأَجْلِه وحدَه . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ / بينهما ؛ لأَنَّ يَدَهُما عليها ، وانْتِفَاعَهما حَاصِلٌ بها ، فهى كالسَّقْفِ .

١٠٨/٤ و

فصل : ولو تَنَازَعَا مُسَنَّاةً[18] بين نَهْرِ أَحَدِهِما وأَرْضِ الآخَرِ ، تَحَالَفَا ، وكانت بينهما ؛ لأَنَّها حَاجِزٌ بين مِلْكَيْهِما ، فهى كالحائِطِ بين المِلْكَيْنِ .

فصل : إذا كان بينهما حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، فَانْهَدَمَ ، فطَلَبَ أَحَدُهما إعادَتَه ، فأَبَى الآخَرُ ، فهل يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على إعَادَتِه ؟ قال القاضى : فيه رِوَايَتَانِ : إحداهما ، يُجْبَرُ . نَقَلَها ابنُ القَاسِمِ ، وحَرْبٌ ، وسِنْدِىٌّ . قال القاضى : هى أَصَحُّ . وقال ابن عَقِيلٍ : وعلى ذلك أَصْحَابُنا . وبه قال مَالِكٌ ، فى إحدى رِوَايَتَيْهِ ، والشَّافِعِىُّ فى قَدِيمِ قَوْلَيْهِ . واخْتَارَهُ بعضُ أَصْحَابِه ، وصَحَّحَهُ ؛ لأَنَّ فى تَرْكِ بِنَائِه إضْرَارًا ، فَيُجْبَرُ عليه ، كما يُجْبَرُ على القِسْمَةِ إذا طَلَبَها أَحَدُهما ، وعلى النَّقْضِ إذا خِيفَ سُقُوطُه عليهما ، لقولِ[19] النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ »[20] . وهذا وشريكُه يَتَضَرَّرَانِ فى

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) المسناة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة .

(١٩) فى ب : « ولقول » .

(٢٠) فى الأصل ، ا : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث فى : ٤ / ١٤٠ .

تَرْكِ بِنَائِه . والرواية الثانية ، لا يُجْبَرُ . نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على ذلك ، وهو أَقْوَى دَلِيلًا ، ومذهبُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، فلم يُجْبَرْ مَالِكُه على الإِنْفَاقِ عليه ، كما لو انْفَرَدَ به ، ولأنَّه بِنَاءُ حَائِطٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالابْتِدَاءِ ، ولأنَّه لا يَخْلُو ، إمَّا أن يُجْبَرَ على بِنَائِه لِحَقِّ نَفْسِه ، أو لِحَقِّ جَارِه ، أو لِحَقَّيْهِما جَمِيعًا، لا يجوزُ أن يُجْبَرَ عليه لِحَقِّ نَفْسِه ، بِدَلِيلِ ما لو انْفَرَدَ به ، ولا لِحَقِّ غيرِه ، كما لو انْفَرَدَ به جَارُه ، فإذا لم يكُنْ كلُّ واحِدٍ منهما موجَبًا عليه ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا . وفَارَقَ القِسْمَةَ ، فإنَّها دَفْعٌ لِلضَّرَرِ عنهما بما لا ضَرَرَ فيه ، والبِنَاءُ فيه مَضَرَّةٌ ، لما فيه من الغَرَامَةِ وإنْفَاقِ مَالِه ، ولا يَلْزَمُ من إجْبَارِهِ على إزَالَةِ الضَّرَرِ بما لا ضَرَرَ فيه ، إجْبَارُه على إزَالَتِه بما فيه ضَرَرٌ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةِ ما فى قِسْمَتِه ضَرَرٌ . ويُفَارِقُ هَدْمَ الحائِطِ إذا خِيفَ سُقُوطُه ؛ لأنَّه يَخافُ سُقُوطَ حَائِطِه على ما يُتْلِفُه ، فيُجْبَرُ على ما يُزِيلُ ذلك ، ولهذا يُجْبَرُ عليه ، وإن انْفَرَدَ بالحَائِطِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ولا نُسَلِّمُ أنَّ فى تَرْكِه إضْرَارًا ، فإنَّ الضَّرَرَ إنَّما حَصَلَ بانْهِدَامِه ، وإنَّما تَرْكُ البِنَاءِ تَرْكٌ لما يَحْصُلُ النَّفْعُ به ، وهذا لا يَمْنَعُ الإنْسانَ منه ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الابْتِدَاءِ ، وإن سَلَّمْنا أنَّه إضْرَارٌ ، لكنْ فى الإِجْبَارِ / إضْرَارٌ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، وقد يكونُ المُمْتَنِعُ لا نَفْعَ له فى الحائِطِ ، أو يكون الضَّرَرُ عليه أكْثَرَ من النَّفْعِ ، أو يكونُ مُعْسِرًا ليس معه ما يَبْنِي به ، فيُكَلَّفُ الغَرَامَةَ مع عَجْزِه عنها ، فعلَى هذه الرِّوَايَةِ إذا امْتَنَعَ أحَدُهما لم يُجْبَرْ ، فإن أرَادَ شَرِيكُه البِنَاءَ فليس له مَنْعُه منه ؛ لأنَّ له حَقًّا فى الحَمْلِ ورَسْمًا ، فلا يجوزُ مَنْعُه منه ، وله بِنَاؤُه بِأَنْقَاضِه إن شاءَ ، وبنَاؤُه بآلَةٍ من عنده ، فإن بَنَاهُ بآلَتِه وأَنْقَاضِه ، فالحائطُ بينهما على الشَّرِكَةِ ، كما كان ؛ لأنَّ المُنْفَقَ[21] إنَّما أُنْفِقَ على التَّالِفِ ، وذلك أثَرٌ لا عَيْنٌ يَمْلِكُها . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فالحَائِطُ مِلْكُه خَاصَّةً ، وله مَنْعُ شَرِيكِه من الانْتِفاعِ به ، ووَضْعِ خَشَبِه ورُسُومِه عليه ؛ لأنَّ الحَائِطَ له . وإذا أرَادَ نَقْضَه ، فإن كان بَنَاهُ بآلَتِه لم يَمْلِكْ نَقْضَهُ ؛ لأنَّه مِلْكُهما ، فلم يكنْ له التَّصَرُّفُ [بما] فيه

١٠٨/٤ ظ

---

(٢١) فى ب ، م زيادة : « عليه » .

مَضَرَّةٌ عليهما . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فله نَقْضُه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . فإن قال شَرِيكُه : أنا أَدْفَعُ إليك نِصْفَ قِيمَةِ البِنَاءِ ولا تَنْقُضْهُ . لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه لمَّا لم يُجْبَرْ على البِنَاءِ ، لم يُجْبَرْ على الإبْقَاءِ . وإن أَرَادَ غيرُ البانِي نَقْضَه ، أو إجْبَارَ بَانِيه على نَقْضِه ، لم يكُنْ له ذلك ، على الرِّوَايَتَيْنِ جميعا ؛ لأنَّه إذا لم يَمْلِكْ مَنْعَه من بِنَائِه ، فلأَنْ لا يَمْلِكَ إجْبَارَهُ على نَقْضِهِ أَوْلَى ، فإن كان له على الحائِطِ رَسْمُ انْتِفَاعٍ ، ووَضْعُ خَشَبٍ ، قال له : إمَّا أن تَأْخُذَ مِنِّى نِصْفَ قِيمَتِه ، وتُمَكِّنَنِى من انْتِفَاعِى وَوَضْعِ خَشَبِى ، وإمَّا أن تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِنُعِيدَ البِنَاءَ بيننا . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجَابَتُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إبْطَالَ رُسُومِه وانْتِفَاعِه بِبِنَائِه . وإن لم يُرِد الانْتِفَاعَ به ، فطَالَبَهُ البَانِى بالغَرَامَةِ أو القِيمَةِ ، لم يَلْزَمْهُ ذلك ؛ لأنَّه إذا لم يُجْبَرْ على البِنَاءِ ، فأَوْلَى أن لا يُجْبَرَ على الغَرَامَةِ ، إلَّا أن يكونَ قد أَذِنَ فى البِنَاءِ والإنْفَاقِ ، فيَلْزَمُه ما أَذِنَ فيه . فأمَّا على الرِّوَايَةِ الأُولَى ، فمتى امْتَنَعَ أَجْبَرَهُ الحاكِمُ على ذلك ، فإن لم يَفْعَلْ ، أَخَذَ الحاكِمُ من مَالِه وأَنْفَقَ عليه . وإن لم يكُنْ له مَالٌ ، فأَنْفَقَ عليه الشَّرِيكُ بإذْنِ الحاكِمِ ، أو إذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عليه متى قَدَرَ . وإن أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لم يَمْلِك الشَّرِيكُ مَنْعَهُ . وما أَنْفَقَ ؛ إن تَبَرَّعَ به لم يكُنْ له الرُّجُوعُ به ، وإن نَوَى الرُّجُوعَ به ، فهل له الرُّجُوعُ بذلك ؟ / يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بنَاءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن بَنَاهُ لِنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينهما . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فهو له خَاصَّةً . فإن أَرَادَ نَقْضه[22] ، فله ذلك ، إلَّا أن يَدْفَعَ إليه شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يكونُ له نَقْضُه ؛ لأنَّه إذا أُجْبِرَ على بِنَائِه ، فأَوْلَى أن يُجْبَرَ على إبْقَائِه .

١٠٩/٤ و

فصل : فإن لم يكُنْ بين مِلْكَيْهِما حَائِطٌ قَدِيمٌ ، فطَلَبَ أحَدُهما من الآخَرِ مُبَانَاتَه حَائِطًا يَحْجِزُ بين مِلْكَيْهِما ، فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ عليه . رِوَايَةً واحِدَةً . وإن أَرَادَ البِنَاءَ وَحْدَه ، لم يكُنْ له البِنَاءُ إلَّا فى مِلْكِه خَاصَّةً ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى مِلْكِ جَارِه المُخْتَصِّ به ، ولا فى المِلْكِ المُشْتَرَكِ بغيرِ مالَه فيه رَسْمٌ ، وهذا لا رَسْمَ له . ولا أَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا .

---

(٢٢) فى الأصل : « قلعه » .

فصل : فإن كان السُّفْلُ لِرَجُلٍ ، والعُلْوُ لآخرَ ، فَانْهَدَمَ السَّقْفُ الذى بينهما ، فطَلَبَ أحَدُهما المُبَانَاةَ من الآخرِ ، فامْتَنَعَ ، فهل يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، كالحائِطِ بين البَيْتَيْنِ . وللشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كالرِّوَايَتَيْنِ . وإن انْهَدَمَتْ حِيطَانُ السُّفْلِ ، فطَالَبَه صَاحِبُ العُلْوِ بإعَادَتِها ، فعلى رِوَايَتَيْنِ : إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو قولُ مَالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ ، يُجْبَرُ على البِنَاءِ وحدَه ؛ لأنَّه مِلْكُه خَاصَّةً . والثانية ، لا يُجْبَرُ . وهو قول أبى حنيفةَ ، وإن أرادَ صَاحِبُ العُلْوِ بِنَاءَهُ لم يُمْنَعْ من ذلك . على الرِّوَايَتَيْنِ جَمِيعا . فإن بَنَاهُ بآلَتِه ، فهو على[23] ما كان ، وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ : لا يَنْتَفِعُ به صَاحِبُ السُّفْلِ . يعنى حتى يُؤَدِّىَ القِيمَةَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه[24] لا يَسْكُنَ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ البَيْتَ إنَّما يُبْنَى لِلسُّكْنَى ، فلم يَمْلِكْهُ كغيرِه ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ الانْتِفَاعَ بالحِيطَانِ خاصَّةً ، من طَرْحِ الخَشَبِ ، وسَمْرِ الوَتِدِ ، وفَتْحِ الطَّاقِ ، ويكونُ له السُّكْنَى من غير تَصَرُّفٍ فى مِلْكِ غيرِه ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ السُّكْنَى إنَّما هى إقَامَتُه فى فِنَاءِ الحِيطَانِ ، من غير تَصَرُّفٍ فيها ، فأشْبَهَ الاسْتِظْلَالَ بها من خَارِجٍ . فأمَّا إن طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بالبِنَاءِ ، وأبَى صَاحِبُ العُلْوِ ، ففيه رِوَايَتانِ : إحْداهما ، لا يُجْبَرُ على بِنَائِه ، ولا مُسَاعَدَتِه . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الحائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ مُخْتَصٌّ به ، فلم يُجْبَرْ غَيْرُه على بِنَائِه ، ولا المُسَاعَدَةِ فيه ، / كما لو لم يكنْ عليه عُلْوٌ . والثانية ، يُجْبَرُ على مُسَاعَدَتِه والبِنَاءِ معه ، وهو قول أبى الدَّرْدَاءِ ؛ لأنَّه حَائِطٌ يَشْتَرِكَانِ فى الانْتِفَاعِ به ، أشْبَهَ الحائِطَ بين الدَّارَيْنِ . ١٠٩/٤ ظ

فصل : فإن كان بين البَيْتَيْنِ حَائِطٌ لأَحَدِهما ، فانْهَدَم ، فطَلَبَ أحَدُهما من الآخرِ بِنَاءَهُ ، أو المُسَاعَدَةَ[25] فى بِنَائِه ، فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه إن كان المُمْتَنِعُ مَالِكَه لم يُجْبَرْ على بِنَاءِ مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، كحَائِطِ الآخرِ ، وإن كان المُمْتَنِعُ الآخرَ لم يُجْبَرْ على بِنَاءِ

---

(٢٣) فى م زيادة : « كل » .

(٢٤) فى ا ، م : « أن » .

(٢٥) فى الأصل : « والمساعدة » .

مِلْكِ غيرِه ، ولا المُسَاعَدَةِ فيه . ولا يَلْزَمُ على هذا حَائِطُ السُّفْلِ ، حيث يُجْبَرُ صَاحِبُه على بنائِه ، مع اخْتِصَاصِه بِمِلْكِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن صَاحِبَ العُلْوِ مَلَكَهُ مُسْتَحِقًّا لإِبْقَائِه على حِيطَانِ السُّفْلِ دائمًا ، فلَزِمَ صَاحِبَ السُّفْلِ تَمْكِينُه ممَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وطَرِيقُه البِنَاءُ ، فلذلك وَجَبَ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وإن أرَادَ صَاحِبُ الحائِطِ بِنَاءَهُ ، أو نَقْضَهُ بعد بنَائِه ، لم يكُنْ لِجَارِهِ مَنْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . وإن أرَادَ جَارُه بِنَاءَهُ ، أو نَقْضَه ، أو التَّصَرُّفَ فيه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه .

فصل : ومتى هَدَمَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الحائِطَ المُشْتَرَكَ ، أو السَّقْفَ الذى بينهما ، نَظَرْتَ ، فإن خِيفَ سُقُوطُه ، وَوَجَبَ هَدْمُه ، فلا شىءَ على هَادِمِه ، ويكونُ كما لو انْهَدَمَ بنَفْسِه ؛ لأنَّه فَعَلَ الوَاجِبَ ، وأزَالَ الضَّرَرَ الحاصِلَ بسُقُوطِه ، وإن هَدَمَهُ لغير ذلك ، فعليه إعَادَتُه سواءٌ هَدَمَهُ لِحَاجَةٍ أو غيرها ، وسواءٌ الْتَزَمَ إعَادَتَهُ أو لم يَلْتَزِمْ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ بِفِعْلِه ، فلَزِمَهُ إعادتُه[26] .

فصل : فإن اتَّفَقَا على بِنَاءِ الحَائِطِ المُشْتَرَكِ بينهما نِصْفَيْنِ ، ومِلْكُه بينهما الثُّلُثُ والثُّلُثَانِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصَالِحُ على بعضِ مِلْكِه ببعضٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ له بِدَارٍ فصَالَحَهُ على سُكْنَاها . ولو اتَّفَقَا على أن يُحَمِّلَهُ كل واحِدٍ منهما ما شَاءَ ، لم يَجُزْ ؛ لِجَهَالَةِ الحِمْلِ فإنَّه يُحَمِّلُه من الأَثْقَالِ مالا طَاقَةَ له بِحَمْلِه . وإن اتَّفَقَا على أن يكونَ بينهما نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

فصل : فإن كان بينهما نَهْرٌ ، أو قَنَاةٌ ، أو دُولَابٌ ، أو نَاعُورَةٌ ، أو عَيْنٌ ، فَاحْتَاجَ إلى عِمَارَةٍ ، ففى إجْبَارِ المُمْتَنِعِ منهما رِوَايَتَانِ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّه يُجْبَرُ هٰهُنا على الإِنْفَاقِ ؛ لأنَّه لا يتمكَّنُ شَرِيكُه من مُقَاسَمَتِه ، فيَضُرُّ به ، بخِلَافِ الحائِطِ ؛ فإنَّه يُمْكِنُهما / قِسْمَةُ العَرْصَةِ . والأَوْلَى التَّسْوِيَةُ ؛ لأنَّ فى قِسْمَةِ العَرْصَةِ إضْرَارًا بهما[27] ، ٤/١١٠و

(٢٦) فى الأصل ، ا : « إزالته » أى إزالة الضرر .

(٢٧) فى ا : « لهما » .

والإنْفَاقُ أَرْفَقُ بهما ، فكانا سَوَاءً . والحُكْمُ فى الدُّولَابِ والنَّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ فى الحائِطِ ، على ما ذَكَرْنَاهُ . وأما البِئْرُ والنَّهْرُ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الإنْفَاقُ عليه ، وإذا أنْفَقَ عليه ، لم يكُنْ له مَنْعُ الآخرِ من نَصِيبِه من الماءِ ؛ لأنَّ الماءَ يَنْبُعُ من مِلْكَيْهِما ، وإنَّما أثَّرَ أحدُهما فى نَقْلِ الطِّينِ منه ، وليس له فيه عَيْنُ مالٍ ، فأشْبَه الحائِطَ إذا بَنَاهُ بآلَتِه ، والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بالنَّفَقَةِ ، كحُكْمِ الرُّجُوعِ فى النَّفَقَةِ على الحائِطِ ، على ما مَضَى .

فصل : إذا كان لِرَجُلَيْنِ بَابَانِ فى زُقَاقٍ غيرِ نَافِذٍ ، أحدهما قَرِيبٌ من بَابِ الزُّقَاقِ ، والآخَرُ فى دَاخِلِه ، فلِلْقَرِيبِ من البَابِ نَقْلُ بَابِه إلى ما يَلِى بَابَ الزُّقَاقِ ؛ لأنَّ له الاسْتِطْرَاقَ إلى بَابِه القَدِيمِ ، فقد نَقَصَ من اسْتِطْرَاقِه ، ومتى أرَادَ رَدَّ بَابِه إلى مَوْضِعِه الأوَّلِ ، كان له ؛ لأنَّ حَقَّهُ لم يَسْقُطْ ، وإن أرَادَ نَقْلَ بَابِه تِلْقَاءَ صَدْرِ الزُّقَاقِ ، لم يكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه يُقَدِّمُ بَابَه إلى مَوْضِعٍ لا اسْتِطْرَاقَ له فيه . ويَحْتَمِلُ جَوَازَ ذلك ؛ لأنَّه كان له أن يَجْعَلَ بَابَه فى أوَّلِ البِنَاءِ ، فى أى مَوْضِعٍ شَاءَ ، فتَرْكُهُ فى مَوْضِعٍ لا يُسْقِطُ حَقَّه ، كما أن تَحْوِيلَه بعد فَتْحِه لا يُسْقِطُه[٢٨] ، ولأنَّ له أن يَرْفَعَ حَائِطَه كلَّه ، فلا يُمْنَعُ من رَفْعِ مَوْضِعِ البابِ وَحْدَه . فأمَّا صَاحِبُ البابِ الثانى ، فإن كان فى دَاخِلِ الدَّرْبِ بابٌ [٢٩]آخَرُ ، فحُكْمُه فى التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ حُكْمُ صَاحِبِ البابِ الأوَّلِ سواءً ، وإن لم يكُنْ له ثَمَّ[٢٩] بَابٌ آخَرُ ، كان له تَحْوِيلُ بَابِه حيث شَاءَ ؛ لأنَّه على الأوَّلِ ، لا مُنَازِعَ له فيما تَجَاوَزَ البَابَ الأوَّلَ ، وعلى الاحْتِمَالِ الذى ذَكَرْنَاهُ ، لكلِّ واحِدٍ منهما ذلك . ولو أرَادَ كلُّ واحِدٍ منهما[٣٠] أن يَفْتَحَ فى دَارِه بَابًا آخَرَ ، أو يَجْعَلَ دَارَه دَارَيْنِ ، يَفْتَحُ لكلِّ واحِدَةٍ منهما بَابًا ، جَازَ ، إذا وَضَعَ البَابَيْنِ فى مَوْضِعِ اسْتِطْرَاقِه . وإن كان ظَهْرُ دَارِ أحَدِهِما إلى شَارِعٍ نَافِذٍ ، أو زُقَاقٍ نَافِذٍ ، ففَتَحَ فى حَائِطِه بَابًا إليه ، جَازَ ؛ لأنَّه

---

(٢٨) فى الأصل ، ا ، م : « يسقط » .

(٢٩ - ٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل ، م .

يَرْتَفِقُ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أحَدٍ عليه . فإن قِيل : فى هذا إضْرَارٌ بأَهْلِ الدَّرْبِ ؛ لأنَّه بِجَعْلِه نَافِذًا يَسْتَطْرِقُ إليه من الشَّارِعِ . قُلْنا : لا يَصِيرُ الدَّرْبُ نَافِذًا ، وإنَّما تَصِيرُ دَارُه نَافِذَةً ، وليس لأحدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِه . فأمَّا إن كان بَابُه فى الشَّارِعِ ، وظَهْرُ دَارِه إلى الزُّقَاقِ الذى لا يَنْفُذُ ، فأَرَادَ أن يَفْتَحَ بَابًا إلى الزُّقَاقِ للاسْتِطْرَاقِ ، لم / يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه ليس له حَقٌّ فى الدَّرْبِ الذى قد تَعَيَّنَ عليه مِلْكُ أَرْبَابِه . ويَحْتَمِلُ الجَوَازَ ، كما ذَكَرْنا فى الوَجْهِ الذى قد تَقَدَّمَ . وإن أرَادَ أن يَفْتَحَ فيه بَابًا لغير الاسْتِطْرَاقِ ، أو يَجْعَلَ له بَابًا يَسْمُرُهُ ، أو شُبَّاكًا ، جَازَ ؛ لأنَّه لمَّا كان له رَفْعُ الحائِطِ بِجُمْلَتِه ، فبعضُه أَوْلَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : ويَحْتَمِلُ عندى أنَّه لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ شَكْلَ البَابِ مع تَقَادُمِ العَهْدِ ربَّما اسْتُدِلَّ به على حَقِّ الاسْتِطْرَاقِ ، فيَضُرُّ بأَهْلِ الدَّرْبِ ، بخِلَافِ رَفْعِ الحائِطِ ؛ فإنَّه لا يَدُلُّ على شىءٍ .

٤/١١٠ظ

فصل : وإذا كان لِرَجُلٍ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَانِ ظَهْرُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى ظَهْرِ الأُخْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدَةٍ منهما فى زُقَاقٍ غيرِ نَافِذٍ ، فرَفَعَ الحاجزَ بينهما ، وجَعَلَهُما دَارًا واحِدَةً ، جازَ . وإن فَتَحَ من كلِّ واحِدَةٍ منهما بَابًا إلى الأُخْرَى ، ليتمَكَّنَ من التَّطَرُّقِ من كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى كِلَا الدَّارَيْنِ ، لم يَجُزْ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأن ذلك يُثْبِتُ الاسْتِطْرَاقَ فى الدَّرْبِ الذى لا يَنْفُذُ من دَارٍ لم يكُنْ لها فيه طَرِيقٌ ، ولأنَّ ذلك ربَّما أَدَّى إلى إثْبَاتِ الشُّفْعَةِ فى قَوْلِ من يُثْبِتُها بالطَّرِيقِ لكلِّ واحِدَةٍ من الدَّارَيْنِ فى زُقَاقِ الأُخْرَى . ويَحْتَمِلُ جَوَازَ ذلك ؛ لأنَّ له رَفْعَ الحاجزِ جَمِيعِه ، فبعضُه أَوْلَى ، وهذا أشْبَهُ ، وما ذَكَرْنَاهُ لِلْمَنْعِ مُنْتَقِضٌ بما إذا رَفَعَ الحائطَ جَمِيعَه . وفى كلِّ مَوْضِعٍ قُلْنا : ليس له فِعْلُه . إذا صَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، أو أَذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، جَازَ .

فصل : إذا تَنَازَعَ صَاحِبُ البَابَيْنِ فى الدَّرْبِ ، وتَدَاعَيَاهُ ، ولم يكُنْ فيه بَابٌ لغيرِهما ، ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ : أحدُها ، أنَّه يُحْكَمُ بالدَّرْبِ من أَوَّلِه إلى البابِ الذى يَلِى أَوَّلَهُ بينهما ؛ لأنَّ لهما الاسْتِطْرَاقَ فيه جميعًا ، وما بعدَه إلى صَدْرِ الدَّرْبِ للآخَرِ ؛ لأنَّ الاسْتِطْرَاقَ فى

ذلك له وحدَه ، فله اليَدُ والتَّصرُّفُ . والوَجْه الثانى[٣١] ، أنَّ من أوَّلِه إلى أقْصَى حَائِط الأوَّلِ بينهما ؛ لأنَّ ما يُقَابِلُ ذلك لهما التَّصرُّفُ فيه ، بِنَاءً على أنَّ للأوَّلِ أن يَفْتَحَ بَابَه فيما شَاءَ من حَائِطِه ، وما بعدَ ذلك للثانى ؛ لأنَّه ليس بِفِنَاءٍ للأوَّلِ ، ولا له فيه اسْتِطْرَاقٌ . والثالث ، يكونُ بينهما ؛ لأنَّ لهماجميعايَدًا وتَصرُّفًا . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كان لِرَجُلٍ عُلْوُ خَانٍ ، ولآخَرَ سُفْلُه ، ولِصَاحِبِ العُلْوِ دَرَجَةٌ فى أثناءِ صَحْنِ الخَانِ ، فاخْتَلَفَا فى الصَّحْنِ ، فما كان من الدَّرَجَةِ إلى بَابِ الخَانِ / بينهما ، وما وَرَاءَ ذلك إلى صَدْرِ الخَانِ على الوَجْهَيْنِ ، أحدِهما هو لِصَاحِبِ السُّفْلِ . والثانى هو بينهما . فإن كانت الدَّرَجَةُ فى صَدْرِ الصَّحْنِ ، فالصَّحْنُ بينهما ؛ لِوُجُودِ اليَدِ والتَّصرُّفِ منهما جميعا . فعلى الوَجْهِ الذى يقول : إن صَدْرَ الدَّرْبِ مُخْتَصٌّ بِصَاحِبِ الباب الصَّدْرَانِىِّ . له أن يَسْتَبْدِلَ[٣٢] بما يَخْتَصُّ به منه ، بأن يَجْعَلَهُ دِهْلِيزًا لِنَفْسِه ، أو يُدْخِلَه فى دَارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بِجَارِه ، ولا يَضَعُ على حَائِطِه شَيْئًا ؛ لأنَّ ذلك مِلْكٌ له يَنْفَرِدُ به .

١١١/٤و

فصل : وليس لِلرَّجُلِ التَّصرُّفُ فى مِلْكِه تَصرُّفًا يَضُرُّ بجَارِه ، نحو أن يَبْنِىَ فيه حَمَّامًا بين الدُّورِ ، أو يَفْتَحَ خَبَّازًا بين العَطَّارِينَ ، أو يَجْعَلَهُ دُكَّان قِصَارَةٍ يَهُزُّ الحِيطَانَ ويُخَرِّبُها ، أو يَحْفِرَ بِئْرًا إلى جَانِبِ بِئْرِ جَارِه يَجْتَذِبُ مَاءَها . وبهذا قال بعضُ أصْحَابِ أبى حنيفةَ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى : لا يُمْنَعُ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وبعضُ أصْحَابِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ فى مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيرِه ، فلم يُمْنَعْ منه ، كما لو طَبَخَ فى دَارِه أو خَبَزَ فيها ، وسَلَّمُوا أنَّه يُمْنَعُ مِن[٣٣] الدَّقِّ الذى يَهْدِمُ الحِيطَانَ ويَنْثِرُهَا . ولَنا : قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[٣٤] . ولأنَّ هذا إضْرَارٌ بِجيرَانِه ، فمُنِعَ منه ، كالدَّقِّ الذى يَهُزُّ الحِيطانَ ويَنْثِرُها ، وكسَقْيِ الأَرْضِ الذى يَتَعَدَّى إلى هَدْمِ

---

(٣١) فى ا : « الآخر » .

(٣٢) فى ب : « يستند » .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) فى الأصل ، ا ، ب : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث ، فى : ٤ / ١٤٠ .

حِيطَانِ جَارِهِ ، أو إشْعَالِ نَارٍ تَتَعَدَّى إلى إحْرَاقِها . قالوا : هٰهُنا تَعَدَّتِ النّارُ التى أضْرَمَها ، والماءُ الذى أرْسَلَه ، فكان مُرْسِلًا لذلك فى مِلْكِ غيرِه ، فأشْبَه مالو أرْسَلَه إليها قَصْدًا . قُلْنا : والدُّخانُ هو أجْزاءُ الحَرِيقِ الذى أحْرَقَهُ ، فكان مُرْسِلًا له فى مِلْكِ جارِهِ ، فهو كأجْزَاءِ النارِ والماءِ . وأمَّا دُخَانُ الخُبْزِ والطَّبِيخِ ، فإنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، وتَدْخُلُه المُسَامَحَةُ .

فصل : وإن كان سَطْحُ أحَدِهِما أعْلَى من سَطْحِ الآخَرِ ، فليس لِصَاحِبِ الأعْلَى الصُّعُودُ على سَطْحِه على وَجْهٍ يُشْرِفُ على سَطْحِ جَارِهِ ، إلَّا أن يَبْنِىَ سُتْرَةً تَسْتُرُهُ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَلْزَمُه عَمَلُ سُتْرَةٍ ؛ لأنَّ هذا حَاجِزٌ بين مِلْكَيْهِما ، فلا[٣٥] يُجْبَرُ أحَدُهما عليه ، كالأسْفَلِ . ولَنا ، أنَّه إضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمُنِعَ منه ، كدَقٍّ يَهُزُّ الحِيطَانَ ، وذلك لأنَّه يَكْشِفُ جَارَهُ ، ويَطَّلِعُ على حُرُمِهِ ، فأشبهَ ما لو اطَّلَعَ عليه من صِيرِ بابِهِ / أو خَصَاصِهِ[٣٦] ، وقد دَلَّ على المَنْعِ من ذلك قولُ النبىِّ ﷺ : « لَوْ أنَّ رَجُلًا اطَّلَعَ إلَيْكَ ، فَحَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ ، فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »[٣٧] . ويُفَارِقُ الأسْفَلَ ؛ فإنَّ تَصَرُّفَهُ لا يَضُرُّ بالأعْلَى ، ولا يَكْشِفُ دَارَهُ .

٤/١١١ظ

فصل : إذا كانتْ بينهما عَرْصَةُ حَائِطٍ ، فاتَّفَقَا على قَسْمِها طُولًا ، جَازَ ذلك ، سواءٌ اتَّفَقَا على قَسْمِهَا طُولًا أو عَرْضًا ؛ لأنَّها مِلْكُهما ، ولا تَخْرُجُ عنهما . وإن اخْتَلَفَا ، فطَلَبَ أحَدُهُما قَسْمَها طُولًا[٣٨] وهو أن يُجْعَلَ له نِصْفُ الطُّولِ فى جَمِيعِ العَرْضِ ، ولِلْآخَرِ مثلُه ، فقال أصْحابُنا : يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على القِسْمَةِ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛

---

(٣٥) فى الأصل ، ا ، م : « فلم » .

(٣٦) صير الباب : شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة . والخصاص : جمع الخصاصة ، وهى الفرجة أو الخلل أو الخزق ، فى باب أو غيره .

(٣٧) أخرجه البخارى ، فى : باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان ، وباب من اطلع فى بيت قوم ... ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم النظر فى بيت غيره ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣ / ١٦٩٩ .

(٣٨) سقط من : م .

لأنَّ ذلك لا يَضُرُّ . فإذا اقْتَسَمَا اقْتَرَعَا ، فكان لكلِّ واحدٍ منهما ما تَخْرُجُ به القُرْعَةُ ، فإن كان مَبْنِيًّا فلا كلامَ ، وإن كان غيرَ مَبْنِيٍّ ، كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يَبْنِيَ فى نَصِيبِه ، وإن أحَبَّ أن يُدْخِلَ بعضَ عَرْصَتِه فى دَارِه فَعَلَ ، وإن أحَبَّ أن يَزِيدَ فى حَائِطِه من عَرْصَتِه فَعَلَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على القِسْمَةِ ؛ لأنَّها تُوجِبُ اخْتِصَاصَ كلِّ واحدٍ منهما ببعضِ الحائِطِ المُقَابِلِ لِمِلْكِ شَرِيكِه ، وزَوَالَ مِلْكِ شَرِيكِه ، فيَتَضَرَّرُ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على حَائِطٍ يَسْتُرُ مِلْكَه ، وربما اخْتَارَ أحدُهما أن لا يَبْنِيَ حَائِطَه ، فيَبْقَى مِلْكُ[39] كلِّ واحدٍ منهما مَكْشُوفًا ، أو يَبْنِيه ويَمْنَعُ جَارَه من وَضْعِ خَشَبِه عليه ، وهذا ضَرَرٌ لا يَرِدُ الشَّرْعُ بالإِجْبَارِ عليه . فإن قِيلَ : فإذا كان مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أيضًا مِن مَنْعِ شَرِيكِه وَضْعَ خَشَبِه عليه . قُلْنا : إذا كان له عليه رَسْمُ وَضعِ خَشَبِه ، أو انْتِفَاعٌ به ، لم يَمْلِكْ مَنْعَهُ من رَسْمِه ، وهٰهُنا يَمْلِكُ مَنْعَهُ بالكُلِّيَّةِ . وأمَّا إن طَلَبَ قَسْمَهَا عَرْضًا ، وهو أن يُجْعَلَ لكلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ العَرْضِ فى كَمَالِ الطُّولِ ، نَظَرْنَا ، فإن كانت العَرْصَةُ لا تَتَّسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، لم يُجْبَر المُمْتَنِعُ من قَسْمِهَا[40] . واخْتَارَ ابنُ عَقِيلٍ أنَّه يُجْبَرُ . وهو ظَاهِرُ كلامِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها عَرْصَةٌ ، فأُجْبِرَ على قَسْمِهَا ، كعَرْصَةِ الدَّارِ . ولَنا ، أنَّ فى قَسْمِهَا ضَرَرًا ، فلم يُجْبَر المُمْتَنِعُ من قَسْمِها عليه ، كالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بذلك . وإن كانت تَتَّسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، بحيثُ يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ منهما ما يَبْنِى فيه حَائِطًا ، ففى إجْبَارِ المُمْتَنِعِ وَجْهانِ : أحدُهما : يُجْبَرُ . قالَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى القَسْمِ[41] ؛ لكَوْنِ كلِّ واحدٍ منهما يَحْصُلُ / له ما يَنْدَفِعُ به حاجَتُه ، فأشْبَهَ عَرْصَةَ الدَّارِ التى يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ منهما ما يَبْنِى فيه دَارًا . والثانى ، لا يُجْبَرُ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأنَّ هذه القِسْمَةَ لا تَقَعُ فيها قُرْعَةٌ ؛ لأنَّنا لو أقْرَعْنَا بينهما ، لم نَأْمَنْ أن تَخْرُجَ قُرْعَةُ كلِّ واحدٍ منهما على ما يلى مِلْكَ جَارِه ، فلا يَنْتَفِعُ به ، فلو أجْبَرْنَاهُ على القِسْمَةِ

١١٣/٤ و

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) فى م زيادة : « واختلفوا » .

(٤١) فى م : « القسمة » .

لأَجْبَرْنَاهُ على أَخْذِ ما يَلِى دَارَه من غيرِ قُرْعَةٍ ، وهذا لا نَظِيرَ له . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهَانِ ، كهٰذَيْنِ . ومتى اقْتَسَمَا العَرْصَةَ طُولًا ، فبَنَى كلُّ واحِدٍ منهما لِنَفْسِه حَائِطًا ، وبَقِيَتْ بينهما فُرْجَةٌ ، لم يُجْبَرْ أَحَدُهما على سَدِّها ، ولم يُمْنَعْ من سَدِّها ؛ لأَنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى بِنَاءِ الحائِطِ فى عَرْصَتِه .

فصل : وإن كان بينهما حَائِطٌ ، فاتَّفَقَا على قِسْمَتِه طُولًا ، جَازَ ، ويُعَلَّمُ بين نَصِيبِهِما بعَلَامَةٍ . وإن اتَّفَقَا على قِسْمَتِه عَرْضًا ، فقال أصْحَابُنا : يجُوزُ[٤٢] ؛ لأَنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما ، فأَشْبَهَ العَرْصَةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجوزَ القِسْمَةُ ؛ لأنَّها لا تكونُ إلَّا بتَمْيِيزِ نَصِيبِ أَحَدِهما من الآخرِ ، بحيثُ يُمْكِنُه الانْتِفَاعُ بنَصِيبِه دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِه ، وهٰهُنا لا يَتَمَيَّزُ ، ولا يُمْكِنُ انْتِفَاعُ أَحَدِهما بِنَصِيبِه مُنْفَرِدًا ؛ لأنَّه إن وَضَعَ خَشَبَهُ على أَحَدِ جَانِبَيِ الحائِطِ ، كان ثِقْلُه على الحائِطِ كلِّه ، وإن فَتَحَ فيه طَاقًا يُضْعِفُه ، ضَعُفَ كُلُّه ، وإن وَقَعَ بعضُه ، تَضَرَّرَ النَّصِيبُ الآخَرُ . وإن طَلَبَ أَحَدُهما قَسْمَهُ وأَبَى الآخَرُ ، فذَكَرَ القاضى ، أنَّ الحُكْمَ فى الحائِطِ كالحُكْمِ فى عَرْصَتِه ، سواءٌ ، ولا يُجْبَرُ على قَسْمِ الحائِطِ ، إلَّا أن يَطْلُبَ أَحَدُهُما قَسْمَه طُولًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على قَسْمِه أيضا ، وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما إن قَطَعَاهُ بينهما ، فقد أَتْلَفَا جُزْءًا من الحائِطِ ، ولا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ من ذلك ، كما لو كان بينهما ثَوْبٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهما قَطْعَهُ . وإن لم يُقْطَعْ وعَلَّمَا عَلَامَةً على نِصْفِه ، كان انْتِفَاعُ أَحَدِهما بِنَصِيبِه انْتِفَاعًا بِنَصِيبِ الآخَرِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه يُجْبَرُ على قَسْمِ الدَّارِ وقَسْمِ حَائِطِها المُحِيطِ بها ، وكذلك قَسْمِ البُسْتَانِ وحَائِطِه ، ولا يُجْبَرُ على القَطْعِ المُضِرِّ ، بل يُعَلِّمُه بخَطٍّ بين نَصِيبِهِما ، ولا يَلْزَمُ من ذلك انْتِفَاعُ أَحَدِهِما بِنَصِيبِ الآخَرِ وإن اتَّصَلَ به ، بِدَلِيلِ الحائِطِ المُتَّصِلِ فى دَارَيْنِ . والله أَعْلَمُ .

---

(٤٢) فى م زيادة : « القسمة » .

كتابُ الحَوالَةِ والضَّمانِ

الحَوَالَةُ ثابتَةٌ بالسُّنَّةِ ، والإجْمَاعِ . أما السُّنَّةُ ، فما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال / : « مَطْلُ الغَنِىِّ ظُلْمٌ ، وَإذَا أُتْبِعَ أحَدُكُم عَلَى مَلِىءٍ فَلْيَتْبَعْ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ١١٢/٤ظ
وفى لَفْظٍ : « مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِىءٍ فَلْيَحْتَلْ »[2] . وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على جَوَازِ الحَوالَةِ فى الجُمْلَةِ ، واشْتِقَاقُها من تَحْوِيلِ الحَقِّ من ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ ، وقد قيل : إنَّها بَيْعٌ ، فإن المُحِيلَ يَشْتَرِى ما فى ذِمَّتِه بمَالِه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، وجَازَ تَأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصَةً ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ ، فيَدْخُلُها خِيَارُ المَجْلِسِ لذلك . والصَّحِيح أنَّها عَقْدُ إرْفَاقٍ مُنْفَرِدٌ بِنَفْسِه ، ليس بمَحْمُولٍ على غيرِه ؛ لأنَّها لو كانت بَيْعًا لمَا جَازَتْ ، لِكَوْنِها بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، ولما جَازَ التَّفَرُّقُ[3] قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ مَالِ الرِّبَا بِجِنْسِه . ولَجَازَتْ بِلَفْظِ البَيْعِ ، ولَجَازَتْ بين جِنْسَيْنِ ، كالبَيْعِ كله . ولأنَّ لَفْظَها يُشْعِرُ بالتَّحَوُّلِ لا بالبَيْعِ ، فعلى هذا لا يَدْخُلُها خِيَارٌ ، وتَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وهذا أشْبَهُ بِكَلَامِ أحمَدَ وأُصُولِه . ولا بُدَّ فيها من مُحِيلٍ ومُحْتَالٍ ومُحَالٍ عليه . ويُشْتَرَطُ فى صِحَّتِهَا رِضَى المُحِيلِ ، بلا خِلَافٍ ؛ فإنَّ الحَقَّ عليه ، ولا يَتَعَيَّنُ عليه جِهَةُ قَضَائِه . وأمَّا المُحْتَالُ والمُحَالُ عليه ، فلا يُعْتَبَرُ رِضَاهُما ، على ما سَنَذْكُرُه إن شاء اللهُ تعالى .

٨٢٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّه عَلَى مَنْ عَلَيْهِ مِثْلُ ذٰلِكَ الْحَقِّ ، فَرَضِىَ ، فَقَدْ بَرِئَ المُحِيلُ أبَدًا)

ومن شَرْطِ صِحَّةِ الحَوالَةِ شُرُوطٌ أرْبَعَةٌ : أحدُها ، تَمَاثُلُ الحَقَّيْنِ ؛ لأنَّها تَحْوِيلٌ

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٨٩ .

(٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٦٣ . والبيهقى ، فى : باب من أحيل على ملىء ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٧٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى مطل الغنى ودفعه ، من كتاب البيوع . المصنف ٧ / ٧٩ . والبزار ، فى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . كشف الأستار ٢ / ١٠٠ . والهيثمى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٣١ .

(٣) فى ب : « التصرف » .

لِلْحَقِّ ونَقْلٌ له ، فيُنْقَلُ على صِفَتِه ، ويُعْتَبَرُ تَمَاثُلُهما فى أُمُورٍ ثلاثةٍ : أحدُها ، الجِنْسُ . فيُحِيلُ مَن عليه ذَهَبٌ بذَهَبٍ ، ومن عليه فِضَّةٌ بِفِضَّةٍ . ولو أحالَ من عليه ذَهَبٌ بِفِضَّةٍ ، أو من عليه فِضَّةٌ بِذَهَبٍ ، لم يَصِحَّ . الثانى ، الصِّفَةُ . فلو أحَالَ مَن عليه صِحَاحٌ بمُكَسَّرَةٍ ، أو من عليه مِصْرِيَّة بأَمِيرِيَّةٍ ، لم يَصِحَّ . الثالث ، الحُلُولُ والتَّأْجِيلُ . ويُعْتَبَرُ اتِّفاقُ أجَلِ المُؤَجَّلَيْن ، فإن كان أحَدُهما حَالًّا والآخَرُ مُؤَجَّلًا ، أو أُجِّلَ أحَدُهما إلى شَهْرٍ والآخَرُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ . ولو كان الحَقَّانِ حَالَّيْنِ ، فشَرَطَ على المُحْتالِ أن يَقْبِضَ حَقَّهُ أو بَعْضَه بعدَ شَهْرٍ لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ لأَنَّ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ ، ولأنَّه شَرَطَ ما لو كان ثَابِتًا فى نَفْسِ الأَمْرِ لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ فكذلك إذا شَرَطَهُ[1] . وإذا اجْتَمَعَتْ هذه الأُمُورُ ، وصَحَّت الحَوَالَةُ ، وتَرَاضَيَا بأن يَدْفَعَ المُحَالُ عليه[2] خَيْرًا من حَقِّه ، أو رَضِىَ المُحْتَالُ بدون الصِّفَةِ ، أو رَضِىَ مَن عليه المُؤَجَّلُ بتَعْجِيلِه ، أو رَضِىَ مَن له الحالُّ / بإنْظَارِه ، جازَ ؛ لأَنَّ ذلك يجوزُ فى القَرْضِ ، ففى الحَوَالَةِ أَوْلَى . وإن مَاتَ المُحِيلُ ، أو المُحَالُ ، فالأَجَلُ بحَالِه . وإن مَاتَ المُحَالُ عليه ، ففى حُلُولِ الحَقِّ رِوَايَتَانِ ، مَضَى ذِكْرُهما .

١١٣/٤و

الشَّرْطُ الثانى ، أن تكونَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . ولا يُعْتَبَرُ أن يُحِيلَ بِدَيْنٍ [غيرِ][3] مُسْتَقِرٍّ ، إلا أن السَّلَمَ لا تَصِحُّ الحَوَالَةُ به ولا عليه ، لأن دَيْنَ السَّلَمِ ليس بمُسْتَقِرٍّ لكَوْنه بِعَرْضِ الفَسْخِ ، لِانْقِطَاعِ المُسْلَمِ فيه . ولا تَصِحُّ الحَوَالَةُ به ؛ لأنَّها لم تَصِحَّ إلَّا فيما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، والسَّلَمُ لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لِقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فى شىءٍ ، فَلَا يَصْرِفْه إلَى غَيْرِهِ »[4] . ولا تَصِحُّ الحَوَالَةُ على المُكَاتَبِ بمالِ

(١) فى ب : « اشترطه » .

(٢) فى ب زيادة : « إليه » .

(٣) تكملة يصح بها المعنى .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٤١٧ .

الكِتَابَةِ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فإنَّ له أن يَمْتَنِعَ من أدائِه ، ويَسْقُطُ بعَجْزِه . وتَصِحُّ الحَوالَةُ عليه بِدَيْنٍ غيرِ دَيْنِ الكِتَابَةِ ؛ لأنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الأحْرَارِ فى المُدَايَناتِ . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَهُ بِنَجْمٍ قد حَلَّ عليه ، صَحَّ ، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ المُكاتَبِ بالحَوالَةِ ، ويكونُ ذلك بِمَنْزِلَةِ القَبْضِ . وإن أحالَتِ المَرْأَةُ على زَوْجِهَا بِصَدَاقِهَا قبلَ الدُّخُولِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ . وإن أحالَها الزَّوْجُ به ، صَحَّ ؛ لأنَّ له تَسْلِيمَهُ إليها ، وحَوالَتُه به تَقُومُ مقَامَ تَسْلِيمِه . وإن أحالَتْ به بعدَ الدُّخولِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لم يَصِحَّ ، فى قِيَاسِ ما ذَكَرْنا . وإن أحالَهُ المُشْتَرِى به ، صَحَّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الوَفَاءِ ، وله الوَفَاءُ قبلَ الاسْتِقْرَارِ . وإن أحالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، لم يَتَبَيَّنْ أنَّ الحَوالَةَ كانت بَاطِلَةً ؛ لأنَّ الثَّمَنَ كان ثَابِتًا مُسْتَقِرًّا ، والبَيْع كان لَازِمًا ، وإنَّما ثَبَتَ الجَوازُ عند العِلْمِ بالعَيْبِ بالنِّسْبَةِ إلى المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ سَبَبَ الجَوازِ عَيْبُ المَبِيعِ ، وقد كان مَوْجُودًا وَقْتَ الحَوالَةِ . وكلُّ مَوْضِعٍ أحالَ مَن عليه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ به ، ثم سَقَطَ الدَّيْنُ ، كالزَّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُها بِسَبَبٍ من جِهَتِها ، أو المُشْتَرِى يَفْسَخُ البَيْعَ ويَرُدُّ المَبِيعَ ، فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ من المُحَالِ عليه ، ففيه وَجْهَانِ : أحدُهما ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ ؛ لعدمِ الفائِدَةِ فى بَقَائِها ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ بِدَيْنِه على المُحَالِ عليه . والثانى ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ عن المُحِيلِ ، فلم يَعُدْ إليه ، وثَبَتَ لِلْمُحْتَالِ فلم يَزُلْ عنه ، ولأنَّ الحَوالَةَ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، فكأنَّ المُحِيلَ أَقْبَضَ المُحْتَالَ دَيْنَه ، فيَرْجِعُ عليه به ، ويَأْخُذُ المُحْتَالُ من المُحَالِ عليه . وسواءٌ تَعَذَّرَ القَبْضُ من المُحَالِ عليه أو / لم يَتَعَذَّرْ . وإن كان بعدَ القَبْضِ ، لم يَبْطُلْ ، وَجْهًا واحِدًا ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ على المُحْتَالِ به . ١١٣/٤ظ

فصل : وإن أحالَ من لا دَيْنَ له عليه رَجُلًا على آخَرَ له عليه دَيْنٌ ، فليس ذلك بحَوالَةٍ ، بل هى وَكَالَةٌ تَثْبُتُ فيها أحْكامُها ؛ لأنَّ الحَوالَةَ مَأْخُوذَةٌ من تَحَوُّلِ الحَقِّ وانْتِقَالِه ، ولا حَقَّ هٰهُنا يَنْتَقِلُ ويَتَحَوَّلُ ، وإنَّما جَازَتِ الوَكَالَةُ بلَفْظِ الحَوالَةِ ، لِاشْتِرَاكِهِمَا فى المَعْنَى ؛ وهو اسْتِحْقَاقُ الوَكِيلِ مُطَالَبَةَ مَن عليه الدَّيْنُ ، كاسْتِحْقَاقِ

المُحْتَالِ مُطَالَبَةَ المُحَالِ عليه ، وتَحَوُّلَ ذلك إلى الوَكِيلِ كَتَحَوُّله إلى المُحِيلِ . وإن أحَالَ مَن عليه دَيْنٌ على مَن لا دَيْنَ عليه ، فليست حَوَالَةً أيضا . نَصَّ عليه أحمدُ . فلا يَلْزَمُ المُحَالَ عليه الأَدَاءُ ، ولا المُحْتَالَ قَبُولُ ذلك ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ مُعَاوَضَةٌ ، ولا مُعَاوَضَةَ هٰهُنا ، وإنَّما هو اقْتِرَاضٌ . فإن قَبَضَ المُحْتَالُ منه الدَّيْنَ ، رَجَعَ على المُحِيلِ ؛ لأنَّه قَرْضٌ . وإن أَبْرَأَهُ ولم يَقْبِضْ منه شيئا ، لم تَصِحَّ البَرَاءَةُ ؛ لأنَّها بَرَاءَةٌ لمن لا دَيْنَ عليه . وإن قَبَضَ منه الدَّيْنَ ، ثم وَهَبَهُ إيَّاهُ ، رَجَعَ المُحَالُ عليه على المُحِيلِ به ؛ لأنَّه قد غَرِمَ عنه ، وإنَّما عَادَ إليه المالُ بِعَقْدٍ مُسْتَأْنِفٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ عليه ، لكَوْنِه ما غَرِمَ عنه شيئا . وإن أحَالَ مَن لا دَيْنَ عليه[5] (6على مَن لا دَيْنَ عليه6) فهى وَكَالَةٌ فى اقْتِرَاضٍ . ولَيْسَتْ حَوَالَةً ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ إنَّما تكونُ بِدَيْنٍ على دَيْنٍ ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منهما .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن تَكُونَ بِمَالٍ مَعْلُومٍ ؛ لأنها إن كانت بَيْعًا فلا تَصِحُّ فى مَجْهُولٍ ، وإن كانت تَحَوُّلَ الحَقِّ فيُعْتَبَرُ فيها التَّسْلِيمُ ، والجَهَالَةُ تَمْنَعُ منه ، فتَصِحُّ بكلِّ ما يَثْبُتُ مثلُه فى الذِّمَّةِ بالإِتْلَافِ من الأَثْمَانِ والحُبُوبِ والأَدْهَانِ ، ولا تَصِحُّ[7] فيما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ومن شَرْطِ الحَوَالَةِ تَسَاوِى الدَّيْنَيْنِ ، فأمَّا ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا غيرَ المِثْلِيَّاتِ ، كالمَذْرُوعِ والمَعْدُودِ ، ففى صِحَّةِ الحَوَالَةِ به وَجْهانِ : أحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ فيه لا يَتَحَرَّرُ ، ولهذا لا يَضْمَنُه بمِثْلِه فى الإِتْلَافِ ، وهذا ظَاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ . والثانى : تَصِحُّ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأنَّه حَقٌّ ثابِتٌ فى الذِّمَّةِ ، فأَشْبَهَ مَالَهُ مِثْلٌ . ويَحْتَمِلُ أن يُخَرَّجَ هذانِ الوَجْهانِ على الخِلَافِ فيما يَقْتَضِى به قَرْضَ هذه الأَمْوالِ ، فإن كان عليه إِبِلٌ من الدِّيَةِ وله على آخَرَ مِثْلُها فى السِّنِّ ، فقال القاضِى : تَصِحُّ ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بأقَلِّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ فى السِّنِّ والقِيمَةِ / وسَائِرِ ١١٤/٤و

---

(٥) فى م : « عنه » .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) فى الأصل : « يصلح » .

الصِّفَاتِ . وقال أبو الخطَّابِ : لا تَصِحُّ فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّها مَجْهُولَةٌ ، ولأَنَّ الإِبِلَ ليست من المِثْلِيَّاتِ التى تُضْمَنُ بِمِثْلِهَا فى الإِتْلَافِ ، ولا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا فى رِوَايَةٍ .
وإن كان عليه إِبِلٌ من دِيَةٍ ، وله على آخَرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأَحَالَه عليه ، فإن قُلْنا : يَرُدُّ فى القَرْضِ قِيمَتَها . لم تَصِحَّ الحَوَالَةُ ؛ لِاخْتِلَافِ الجِنْسِ . وإن قُلْنا : يَرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قولُ القَاضِى صِحَّةَ الحَوَالَةِ ؛ لأَنَّه أَمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الحَقِّ على صِفَتِه من المُحَالِ عليه ، ولأَن الخِيرَةَ فى التَّسْلِيمِ إلى مَن عليه الدَّيْنُ ، وقد رَضِىَ بِتَسْلِيمِ ماله فى ذِمَّةِ المُقْتَرِضِ .
وإن كانت بالعَكْسِ ، فاحْتالَ المُقْرِضُ[٨] بِإِبِلِ الدِّيَةِ ، لم تَصِحَّ ؛ لأَنَّنا إن قُلْنا : تَجِبُ القِيمَةُ فى القَرْضِ . فقد اخْتَلَفَ الجِنْسُ . وإن قُلْنا : يَجِبُ المِثْلُ . فَلِلْمُقْرِضِ مثلُ ما أَقْرَضَ فى صِفَاتِه وقِيمَتِه ، والذى عليه الدِّيَةُ لا يَلْزَمُهُ ذلك .

فصل : الشَّرْطُ الرابعُ ، أن يُحِيلَ بِرِضَائِه ؛ لأَنَّ الحَقَّ عليه ، فلا يَلْزَمُه أَدَاؤُه من جِهَةِ الدَّيْنِ الذى على المُحَالِ عليه ، ولا خِلَافَ فى هذا .

فإذا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُ الحَوَالَةِ وصَحَّتْ[٩] ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحِيلِ ، فى قولِ عَامَّةِ الفُقَهَاءِ ، إلَّا ما يُرْوَى عن الحسنِ ، أنَّه كان لا يَرَى الحَوَالَةَ بَرَاءَةً إلَّا أن يُبْرِئَهُ . وعن زُفَرَ أنَّه قال : لا تَنْقُلُ الحَقَّ . وأَجْرَاهَا مَجْرَى الضَّمَانِ ، وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأَنَّ الحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ من تَحْوِيلِ الحَقِّ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ ، فإنَّه مُشْتَقٌّ من ضَمِّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . فعُلِّقَ على كلِّ واحدٍ مُقْتَضَاهُ ، وما دَلَّ عليه لَفْظُهُ . إذا ثَبَتَ أن الحَقَّ انْتَقَلَ ، فمتى رَضِىَ بها المُحْتَالُ ، ولم يَشْتَرِطِ اليَسَارَ ، لم يَعُدِ الحَقُّ إلى المُحِيلِ أَبَدًا ، سواءٌ أَمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الحَقِّ ، أو تَعَذَّرَ لِمَطْلٍ أو فَلَسٍ أو مَوْتٍ أو غيرِ ذلك . هذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، وبه قال اللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وعن أَحْمَدَ ما يَدُلُّ على أنَّه إذا كان المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، ولم يَعْلَم المُحْتَالُ بذلك ، فله الرُّجُوعُ ، إلَّا أن يَرْضَى بعد

---

(٨) فى ب : « المقترض » .

(٩) فى م : « وصحب » خطأ .

العِلمِ . وبه قال جَماعَةٌ من أصْحابِنا ، ونحوُه قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ فى المُحَالِ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ ، (10) كما لو اشْتَرَى سِلْعَةً فوَجَدَها مَعِيبَةً ، ولأنَّ المُحِيلَ غَرَّهُ ، فكان له الرُّجُوعُ (10) ، كما لو دَلَّسَ المَبِيعَ . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ : متى أفْلَسَ أو ماتَ ، رَجَعَ على صَاحِبِه ، وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه فى حَالَيْنِ ؛ إذا مَاتَ المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، وإذا جَحَدَهُ وحَلَفَ عليه (11) عند الحاكِمِ ، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يَرْجِعُ عليه فى هاتَيْنِ الحالَتَيْنِ ، / وإذا حُجِرَ عليه (11) لِفَلَسٍ ؛ لأنَّه رُوِىَ عن عثمانَ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّه ، فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا فقال : يَرْجِعُ بِحَقِّه ، لا تَوَى[12] على مالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ لم يُسَلَّم العِوَضُ فيه لأحَدِ[13] المُتَعاوِضَيْنِ ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو اعْتَاضَ بِثَوْبٍ فلم يُسَلَّمْ إليه . ولَنا ، أنَّ حَزْنًا جَدَّ سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، كان له على علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه دَيْنٌ ، فأحَالَهُ به ، فماتَ المُحالُ عليه ، فأخْبَرَهُ ، فقال : اخْتَرْتَ علينا ، أبْعَدَكَ اللهُ . فأبْعَدَهُ بمُجَرَّدِ احْتِيَالِه ، ولم يُخْبِرْهُ أنَّ له الرُّجُوعَ . ولأنَّها بَراءَةٌ من دَيْنٍ ليس فيها قَبْضٌ ممَّن عليه ، ولا ممَّن يَدْفَعُ عنه[14] ، فلم يكُنْ فيها رُجُوعٌ ، كما لو أبْرَأهُ من الدَّيْنِ ، وحَدِيثُ عُثمانَ لم يَصِحَّ ، يَرْوِيهِ خَالِدُ بن جَعْفَرٍ عن مُعَاوِيَةَ بن قُرَّةَ عن عثمانَ ، ولم يَصِحَّ سَمَاعُه منه ، وقد رُوِىَ أنَّه قال : فى حَوَالَةٍ أو كَفَالَةٍ . وهذا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، ولا يَصِحُّ ، ولو صَحَّ كان قولُ علىٍّ مُخالِفًا له . وقولُهم : إنَّه مُعَاوَضَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه ، ويُفَارِقُ المُعَاوَضَةَ بالثَّوْبِ ؛ لأنَّ فى ذلك قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرَارُ العَقْدِ عليه ، وههُنا الحَوَالَةُ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، وإلَّا كان بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

4/114ظ

(10 - 10) سقط من : ب .

(11 - 11) سقط من : ا . وهو فى الأصل ، ب ، م ، وفى م زيادة : « فى » فى أوله خطأ .

(12) التوى : الهلاك .

(13) فى ب : « لأجل » .

(14) فى ب : « عليه » .

فصل : فإن شَرَطَ مَلَاءَةَ المُحَالِ عليه ، فبَانَ مُعْسِرًا ، رَجَعَ على المُحِيلِ . وبه قال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ لا تُرَدُّ بالإِعْسَارِ إذا لم يَشْتَرِط المَلاءَةَ ، فلا تُرَدُّ به ، وإن شَرَطَ ، كما لو اشْتَرَطَ كونه مُسْلِمًا ، ويُفَارِقُ البَيْعَ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بالإِعْسَارِ فيه من غيرِ شَرْطٍ ، بخِلَافِ الحَوالَةِ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »[١٥] . ولأنَّه شَرَطَ ما فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فيَثْبُتُ الفَسْخُ بفَوَاتِه[١٦] ، كما لو اشْتَرَطَ صِفَةً فى المَبِيعِ ، وقد يَثْبُتُ بالشَّرْطِ مالا يَثْبُتُ بإِطْلَاقِ العَقْدِ ، بِدَلِيلِ اشْتِرَاطِ صِفَةٍ فى المَبِيعِ .

فصل : ولو لم يَرْضَ المُحْتَالُ بالحَوالَةِ ، ثم بان المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، أو مَيِّتًا ، رَجَعَ على المُحِيلِ ، بلا خِلَافٍ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُه الاحْتِيَالُ على غير مَلِىءٍ ، لما عليه فيه من الضَّرَرِ ، وإنَّما أمَرَ النَّبىُّ ﷺ بقَبُولِ الحَوالَةِ إذا أُحِيلَ على مَلِىءٍ ، ولو أحَالَهُ على مَلِىءٍ فلم يَقْبَلْ حتى أعْسَرَ ، فله الرُّجُوعُ أيضا ، على ظَاهِرِ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ؛ لكَوْنِه اشْتَرَطَ فى بَرَاءَةِ المُحِيلِ إبْدَاءَ رِضَى المُحْتَالِ .

٨٢١ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بحَقِّهِ عَلَى مَلِىءٍ ، فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أنْ يَحْتَالَ)

٤/١١٥و /المَلِىءُ : هو القَادِرُ على الوَفَاءِ . جاء فى الحَدِيثِ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، (١أنَّه قال١) : « إنَّ اللهَ تَعَالَى يَقُولُ : مَنْ يُقْرِضِ المَلِىءَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ »[٢] . وقال الشَّاعِرُ[٣] :

تُطِيلِينَ لَيَّانِى وأَنْتِ مَلِيئَةٌ   وأُحْسِنُ ياذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قَادِرَةٌ على وَفَائِى . والظَّاهِرُ أنَّ الخِرَقِىَّ أرَادَ بالمَلِىءِ هٰهُنا القَادِرَ على الوَفَاءِ غيرَ الجَاحِدِ ولا المُمَاطِلِ . قال أحمدُ فى تَفْسِيرِ المَلِىءِ ، كأنَّ المَلِىءَ عنده ، أن يكونَ مَلِيًّا

---

(١٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠ .

(١٦) فى ب : « لفواته » .

(١ – ١) سقط من : ا ، ب .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب الترغيب فى الدعاء والذكر ... ، من كتاب المسافرين . صحيح مسلم ١ / ٥٢٢ .

(٣) البيت لذى الرمة ، وهو فى ديوانه ٢ / ١٣٠٦ .

بمَالِه وقَوْلِه وبَدَنِه ونحو هذا . فإذا أُحِيلَ على مَن هذه صِفَتُه لَزِمَ المُحْتَالَ والمُحالَ عليه القَبُولُ ، ولم يُعْتَبَرْ رِضَاهُما . وقال أبو حنيفةَ : يُعْتَبَرُ رِضَاهُما ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ ، فيُعْتَبَرُ الرِّضَا من المُتَعَاقِدَيْنِ . وقال مَالِكٌ والشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ رِضَى المُحْتَالِ ؛ لأنَّ حَقَّه فى ذِمَّةِ المُحِيلِ ، فلا يجوزُ نَقْلُه إلى غيرِها بغيرِ رِضَاهُ ، كما لا يجوزُ أن يُجْبِرَهُ على أن يَأْخُذَ بالدَّيْنِ عَرْضًا . فأمَّا المُحَالُ عليه ، فقال مَالِكٌ : لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، إلَّا أن يكونَ المُحْتَالُ عَدُوَّهُ . وللشَّافِعِيِّ فى اعْتِبَارِ رِضَائِه قَوْلَانِ ؛ أحَدُهما : يُعْتَبَرُ . وهو يُحْكَى عن الزُّهْرِىِّ ؛ لأنَّه أحَدُ من تَتِمُّ به الحَوَالَةُ ، فأشْبَهَ المُحِيلَ . والثانى : لا يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه أقَامَه فى القَبْضِ مقَامَ نَفْسِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضَى مَن عليه الحَقُّ ، كالتَّوْكِيلِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إذا أُتْبِعَ أحَدُكُم عَلَى مَلِىءٍ فَلْيَتْبَعْ »[4] . ولأنَّ لِلْمُحِيلِ أن يُوَفِّىَ الحَقَّ الذى عليه بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ، وقد أقَامَ المُحالَ عليه مقَامَ نَفْسِه فى التَّقْبِيضِ فلَزِمَ المُحَالَ القَبُولُ ، كما لو وَكَّلَ رَجُلًا فى إيْفَائِه ، وفَارَقَ ما إذا أرَادَ أن يُعْطِيَه عمَّا فى ذِمَّتِه عَرْضًا ؛ لأنَّه يُعْطِيه غيرَ ما وَجَبَ له ، فلم يَلْزَمْهُ قَبُولُه .

فصل : إذا أحَالَ رَجُلًا على زَيْدٍ بألْفٍ ، فأحَالَهُ زيدٌ بها على عَمْرٍو ، فالحَوَالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ حَقَّ الثانى ثابتٌ مُسْتَقِرٌّ فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ أن يُحِيلَ به ، كالأوَّلِ . وهكذا لو أحَالَ الرَّجُلُ عَمْرًا على زيدٍ بما ثَبَتَ[5] له فى ذِمَّتِه ، صَحَّ أيضا ؛ لما ذَكَرْنَا . وتَكَرُّرُ المُحْتَالِ والمُحِيلِ لا يَضُرُّ .

فصل : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فأحالَ المُشْتَرِى البَائِعَ بالثَّمَنِ[6] ، ثم ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، والحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّه لا ثَمَنَ على المُشْتَرِى ، وإنما تَثْبُتُ حُرِّيَّتُه بِبَيِّنَةٍ أو اتِّفَاقِهم ، فإن اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحَالُ عليه على حُرِّيَّتِه ، وكَذَّبَهُما

---

(٤) فى ب زيادة : « متفق عليه » .

وتقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٨٩ .

(٥) فى ا ، ب ، م : « يثبت » .

(٦) فى ب : « بثمنه » .

المُحْتَالُ ، ولا بَيِّنَةَ بذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُما عليه ؛ لأَنَّهما يُبْطِلَانِ حَقَّهُ ، أشْبَه[7] ما لو باعَ / المُشْتَرِى العَبْدَ ، ثم اعْتَرَفَ هو وبَائِعُه أنَّه كان حُرًّا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما على المُشْتَرِى الثانى ، وإن أقَامَا بَيِّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لأنَّهما كَذَّبَاهَا بِدُخُولِهما فى التَّبَايُعِ . وإن أقَامَ العَبْدُ بَيِّنَةً بحُرِّيَّته ، قُبِلَتْ ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ . وإن صَدَّقَهما المُحْتَالُ ، وَادَّعَى أنَّ الحَوَالَةَ بغيرِ ثَمَنِ العَبْدِ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الحَوَالَةِ ، وهما يَدَّعِيَانِ بُطْلَانَها ، فكانت جَنْبَتُه أقْوَى . فإن أقَامَا البَيِّنَةَ أنَّ الحَوَالَةَ كانت بالثَّمَنِ ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّهما لم يُكَذِّباها . وإن اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحْتَالُ على حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وكَذَّبَهُما المُحَالُ عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه فى حُرِّيَّةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه إقْرَارٌ على غيرِهما ، وتَبْطُلُ الحَوَالَةُ ؛ لِاتِّفَاقِ المَرْجُوعِ عليه بالدَّيْنِ والرَّاجِعِ به على اسْتِحْقَاقِ الرُّجُوعِ ، والمُحَالُ عليه يَعْتَرِفُ لِلْمُحْتَالِ بِدَيْنٍ لا يُصَدِّقُه فيه ، فلا يَأْخُذُ منه شيئا . وإن اعْتَرَفَ المُحْتَالُ[8] والمُحَالُ عليه بِحُرِّيَّةِ العَبْدِ عَتَقَ ؛ لِإقْرَارِ مَن هو فى يَدِه بحُرِّيَّته ، وبَطَلَتِ الحَوَالَةُ بالنِّسْبَةِ إليهما ، ولم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لأنَّ دُخُولَه معه فى الحَوَالَةِ اعْتِرَافٌ بِبَرَاءَتِه ، فلم يكُنْ له الرُّجُوعُ عليه .

فصل : وإن اشْتَرَى عَبْدًا ، فأحَالَ المُشْتَرِى البَائِعَ بالثَّمنِ على آخَرَ ، فقَبَضَهُ من المُحَالِ عليه ، ثم رَدَّ المُشْتَرِى العَبْدَ بعَيْبٍ ، أو مُقَايَلَةٍ ، أو اخْتِلَافٍ فى ثَمَنٍ ، فقد بَرِئَ المُحَالُ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَ منه بإذْنِه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البَائِعِ . وإن رَدَّهُ قبلَ القَبْضِ ، فقال القاضى : تَبْطُلُ الحَوَالَةُ ، ويَعُودُ المُشْتَرِى إلى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ويَبْرَأُ البَائِعُ ، فلا يَبْقَى له دَيْنٌ ولا عليه ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ بالثَّمنِ ، وقد سَقَطَ بالفَسْخِ ، فيَجِبُ أن تَبْطُلَ الحَوَالَةُ لِذَهَابِ حَقِّه من المالِ المُحَالِ به . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ عَوَّضَ البَائِعَ عمَّا فى ذِمَّتِه مالَه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ونَقَلَ حَقَّهُ إليه نَقْلًا صَحِيحًا ، وبَرِئَ من الثَّمَنِ ، وبَرِئَ المُحَالُ عليه من دَيْنِ المُشْتَرِى ، فلم

---

(7) فى ب : « فأشبه » .

(8) فى الأصل : « المحال » .

يَبْطُلْ ذلك بِفَسْخِ العَقْدِ الأَوَّلِ ، كما لو أَعْطَاهُ بالثَّمَنِ ثَوْبًا وسَلَّمَهُ إليه ، ثم فَسَخَ العَقْدَ ، لم يَرْجِعْ بالثَّوْبِ ، كذا هٰهُنا . فإن قُلْنا[9] بِبُطْلانِ الحَوالَةِ ، رجع المُحِيلُ على المُحالِ عليه بدَيْنِه ، ولم يَبْقَ بينهما وبينَ البائعِ مُعامَلَةٌ . وإن قُلْنا[9] : لا تَبْطُلُ . رَجَعَ المُشْتَرِى على البائِعِ بالثَّمَنِ ، ويأْخُذُه البَائِعُ من المُحَالِ عليه . فإن عادَ البَائِعُ فأَحالَ المُشْتَرِىَ[10] بالثَّمَنِ على مَن أَحالَهُ المُشْتَرِى عليه ، صَحَّ وبَرِئَ البائِعُ ، وعادَ المُشْتَرِى إلى غَرِيمِه بالثَّمَنِ[11] / وإن كانت المَسْأَلَةُ بحَالِها ، لكنْ أَحالَ البائِعُ أَجْنَبيًّا على المُشْتَرِى ، ثم رَدَّ العَبْدَ المَبِيعَ ، ففى الحَوالَةِ وَجْهَانِ : أحدُهما ، لا تَبْطُلُ ؛ لأَنَّ ذِمَّةَ المُشْتَرِى بَرِئَتْ بالحَوالَةِ من حَقِّ البائِعِ ، وصارَ الحَقُّ عليه لِلأَجْنَبِىِّ المُحْتَالِ ، فأَشْبَهَ ما لو دَفَعَهُ المُشْتَرِى إلى المُحِيلِ ، فعلى هذا يَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائِعِ بالثَّمَنِ ، ويُسَلِّمُ إلى المُحْتَالِ ما أَحالَهُ به . والثانى ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ إن كان الرَّدُّ قبلَ القَبْضِ ، لِسُقُوطِ الثَّمَنِ الذى كانت الحَوالَةُ به ، ولأنَّه لا فَائِدَةَ فى بَقَاءِ الحَوالَةِ هٰهنا ، فيَعُودُ البائِعُ بدَيْنِه ، ويَبْرَأُ المُشْتَرِى منهما ، كالمَسألةِ قبلَها ، وإذا قُلْنا : لا تَبْطُلُ . فأَحالَ المُشْتَرِى المُحَالَ عليه بالثَّمنِ على البائِعِ ، صَحَّ ، وبَرِئَ المُشْتَرِى منهما .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ على آخَرَ دَيْنٌ ، فأَذِنَ لآخَرَ فى قَبْضِه ، ثم اخْتَلَفَ هو والمَأْذُونُ له ، فقال : وَكَّلْتُكَ فى قَبْضِ دَيْنِى بلَفْظِ التَّوْكِيلِ . فقال : بل أَحَلْتَنِى بِلَفْظِ الحَوالَةِ . أو كانت بالعَكْسِ ، فقال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فقال : بل وَكَّلْتَنِى . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الوَكَالَةِ منهما مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يَدَّعِى بَقَاءَ الحَقِّ على ما كان ، ويُنْكِرُ انْتِقالَهُ ، والأَصْلُ معه ، فإن كان لأحَدِهما بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها ؛ لأَنَّ اخْتِلَافَهما فى اللَّفْظِ ، وهو ممَّا يُمْكِنُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ عليه . وإن اتَّفَقَا على أنَّه قال : أَحَلْتُكَ بالمالِ الذى لى قِبَلَ زيدٍ . ثم اخْتَلَفَا ، فقال المُحِيلُ : إنَّما وَكَّلْتُكَ فى القَبْضِ لى . وقال الآخَرُ : بل أَحَلْتَنِى بِدَيْنِى عليك . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ معه ، فإنَّ

١١٦/٤ و

(٩ – ٩) سقط من : م .

(١٠) فى م زيادة : « صح » .

(١١) سقط من : ا ، م .

اللَّفظَ حقيقةٌ فى الحَوالَةِ دون الوَكالَةِ ، فيَجبُ حَمْلُ اللَّفْظِ على ظَاهِرِه ، كما لو اخْتَلَفا فى دَارٍ فى يَدِ أحَدِهما . والثانى ، القولُ قولُ المُحِيلِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ حَقِّ المُحِيلِ على المُحَالِ[١٢] عليه ، والمُحْتَالُ يَدَّعِى نَقْلَه ، والمُحِيلُ يُنْكِرُه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَحْلِفُ المُحْتَالُ ، ويَثْبُتُ حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه ، ويَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ ، ويَسْقُطُ عن[١٣] المُحِيلِ . وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَحْلِفُ المُحِيلُ ، ويَبْقَى حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ : إن كان المُحْتَالُ قد قَبَضَ الحَقَّ من المُحَالِ عليه ، وتَلِفَ فى يَدِه ، فقد بَرِئَ كُلُّ واحِدٍ منهما من صَاحِبِه ، ولا ضَمَانَ عليه ، سواءٌ تَلِفَ بتَفْرِيطِه أو غيرِه ؛ لأنَّه إن تَلِفَ بتَفْرِيطٍ ، وكان المُحْتَالُ مُحِقًّا ، فقد أتْلَفَ مَالَهُ / ، وإن كان مُبْطِلًا ، ثَبَتَ لكلِّ واحِدٍ منهما فى ذِمَّةِ الآخَرِ مثلُ ما فى ذِمَّتِه له ، فيَتَقاصَّانِ ، ويَسْقُطَانِ . وإن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ ، فالمُحالُ[١٤] قد قَبَضَ حَقَّهُ ، وتَلِفَ فى يَدِه ، وبَرِئَ منه المُحِيلُ بالحَوالَةِ ، والمُحَالُ عليه بتَسْلِيمِه[١٥] ، والمُحِيلُ يقول : قد تَلِفَ المالُ فى يَدِ وَكِيلِى بغيرِ تَفْرِيطٍ . فلا ضَمانَ عليه . وإن لم يَتْلَفْ ، احْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَهُ ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّ له عليه من الدَّيْنِ مثلَ مَالَهُ فى يَدِه ، وهو مُسْتَحِقٌّ لِقَبْضِه ، فلا فَائِدَةَ فى أن يَقْبِضَه منه ثم يُسَلِّمه إليه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أخْذَهُ منه ، [١٦] ويَمْلِكَ المُحْتَالُ مُطَالَبَتَهُ بدَيْنِه . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ أخْذَهُ منه[١٦] ، ولا يَمْلِكُ المُحْتَالُ المُطَالَبَةَ بدَيْنِه ؛ لِاعْتِرافِه بِبَرَاءَةِ المُحِيلِ منه بالحَوالةِ[١٧] . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ المُحْتَالَ إن اعْتَرَفَ بذلك ، فهو يَدَّعِى أنَّه قَبَضَ هذا المالَ منه بغيرِ حَقٍّ ، وأنَّه يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ به ، فعلى كلا الحالَيْنِ ، هو مُسْتَحِقٌّ لِلْمُطَالَبَةِ بمثلِ هذا المالِ المَقْبُوضِ منه ، فى قولِهما جميعا ، فلا

١١٦/٤ ظ

---

(١٢) فى الأصل : « المحتال » .
(١٣) فى الأصل ، ا ، م : « على » .
(١٤) فى ب : « فالمحتال » .
(١٥) فى الأصل ، ا ، م : « بتسلمه » .
(١٦ – ١٦) سقط من : ب .
(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

وَجْهَ لإسْقَاطِه ، ولا مَوْضِعَ لِلْبَيِّنَةِ فى هذه المَسْأَلَةِ ؛ لأنَّهما لا يَخْتَلِفَانِ فى لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْلٍ يُرَى ، وإنَّما يَدَّعِى المُحِيلُ بَيِّنَةً ، وهذا لا تَشْهَدُ به البَيِّنَةُ نَفْيًا ولا إثْبَاتًا .

فصل : وإنْ كانت المَسْأَلَةُ بالعَكْسِ ، فقال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فقال : بل وَكَّلْتَنِى . ففيها الوَجْهانِ أيضا ؛ لما قَدَّمْنَاهُ . فإن قُلْنا : القولُ قولُ المُحِيلِ . فحَلَفَ ، بَرِئَ من حَقِّ المُحْتَالِ ، ولِلْمُحْتالِ قَبْضُ المالِ من المُحَالِ عليه لِنَفْسِه ؛ لأنَّه يجوزُ له ذلك بقولِهما معا ، فإذا قَبَضَه كان له بحَقِّه . وإن قُلْنا : القولُ قولُ المُحْتَالِ . فحَلَفَ كان له مُطَالَبَةُ المُحِيلِ بحَقِّه ، ومُطَالَبَةُ المُحْتَالِ عليه ؛ لأنَّه إمَّا وَكِيلٌ وإما مُحْتَالٌ . فإن قَبَضَ منه قبلَ أَخْذِه من المُحِيلِ ، فله أخْذُ ما قَبَضَ لِنَفْسِه ؛ لأنَّ المُحِيلَ يقول : هو لك . والمُحْتَالُ يقول : هو أَمَانَةٌ فى يَدِى ، ولى مِثْلُه على صَاحِبِه ، وقد أُذِنَ لى[18] فى أخْذِه ضِمْنًا . فإذا أَخَذَهُ لِنَفْسِه حَصَلَ غَرَضُه ، ولم يَأْخُذْ من المُحِيلِ شَيْئًا . وإن اسْتَوْفَى من المُحِيلِ ، رَجَعَ على المُحَالِ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه قد تَثْبُتُ الوَكَالَةُ بيَمِينِ المُحْتَالِ ، وبَقِىَ الحَقُّ فى ذِمَّةِ المُحَالِ عليه لِلْمُحِيلِ . والثانى ، لا يَرْجِعُ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ أنَّه قد بَرِئَ/ من حَقِّه ، وإنما المُحْتَالُ ظَلَمَهُ بأَخْذِ ما كان عليه . قال القاضى : والأَوَّلُ أصَحُّ . وإن كان قد قَبَضَ الحَوَالَةَ ، فتَلِفَتْ فى يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أو أَتْلَفَهَا ، سَقَطَ حَقُّه على الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه إن كان مُحِقًّا فقد أتْلَفَ حَقَّهُ ، وإن كان مُبْطِلًا فقد أتْلَفَ مثلَ دَيْنِه ، فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِه ويَتَقَاصَّانِ . وإن تَلِفَتْ بغير تَفْرِيطِه ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّه أيضا ؛ لأنَّ مَالَهُ تَلِفَ تَحْتَ يَدِه . وعلى الثانى ، له أن يَرْجِعَ على المُحِيلِ بِحَقِّه ، وليس لِلْمُحِيلِ الرُّجُوعُ على المُحَالِ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ ببَرَاءَتِه .

١١٧/٤و

فصل : وإن اتَّفَقَا على أنَّ المُحِيلَ قال : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . ثم اخْتَلَفَا ، فقال أحَدُهما : هى حَوَالَةٌ بِلَفْظِها . وقال الآخَرُ : هى وَكَالَةٌ بلَفْظِ الحَوَالَةِ . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوَالَةِ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ بدَيْنِه لا تَحْتَمِلُ الوَكَالَة ، فلم يُقْبَلْ قولُ

---

(١٨) فى ب : « له » .

مُدَّعِيها . وسواء اعْتَرَفَ المُحِيلُ بِدَيْنِ المُحْتَالِ ، أو قال : لا دَيْنَ لك عَلَيَّ . لأنَّ قوله : أحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . اعْتِرَافٌ بِدَيْنِه ، فلا يُقْبَلُ جَحْدُهُ له بعدَ ذلك . فأمَّا إنْ لم يَقُلْ بِدَيْنِكَ ، بل قال : أحَلْتُكَ . ثم قال : ليس لك عَلَيَّ دَيْنٌ ، وإنما عَنَيْتُ التَّوْكِيلَ بلَفْظِ الحَوَالَةِ . أو قال : أَرَدْتُ أن أقولَ ، وَكَّلْتُكَ ، فسَبَقَ لِسَانِي فقلتُ : أحَلْتُكَ . وادَّعَى المُحْتَالُ أنَّها حَوَالَةٌ بِدَيْنِه ، وأنَّ دَيْنَهُ كان ثَابِتًا على المُحِيلِ ، فهل ذلك اعْتِرَافٌ بالدَّيْنِ أو لا؟ فيه وَجْهَانِ ، سَبَقَ تَوْجِيهُهما .

فصل : وإذا كان لِرَجُلٍ دَيْنٌ على آخَرَ ، فطَالَبَهُ به ، فقال : قد أُحِلْتَ به عَلَيَّ فُلَانًا الغائِبَ . وأنْكَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإن كانَ لمن عليه الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُه ، لإسْقَاطِ حَقِّ المُحِيلِ عليه . وإن ادَّعَى رَجُلٌ أنَّ فُلَانًا الغَائِبَ أحَالَنِي عليك ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فالقولُ قولُه . فإن أقَامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً ، ثَبَتَتْ في حَقِّه وحَقِّ الغائِبِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بها[19] على الغائِبِ ، ولَزِمَ الدَّفْعُ إلى المُحْتَالِ . وإن لم يكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فهل تَلْزَمُه اليَمِينُ ؟ فيه وَجْهانِ ، بنَاءً على ما لو اعْتَرَفَ له هل يَلْزَمُه الدَّفْعُ ؟ (20 على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ 20) إليه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بِدَيْنِه عليه ، ووُجُوبِ دَفْعِه إليه ، فلَزِمَهُ الدَّفْعُ إليه ، كما لو كانت بَيِّنَةٌ . والثاني ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ من إنْكَارِ المُحِيلِ ورُجُوعِه عليه ، فكان له الاحْتِيَاطُ لِنَفْسِه ، كما لو ادَّعَى عليه أنِّي وَكِيلُ / فُلَانٍ في قَبْضِ دَيْنِه منك ، فصَدَّقَهُ ، وقال : لا أدْفَعُه[21] إليك . فإذا قُلْنا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لَزِمَتْهُ[22] اليَمِينُ مع الإنْكَارِ . فإذا حَلَفَ ، بَرِئَ ، ولم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لِاعْتِرَافِه بِبَرَاءَتِه . وكذلك إن قُلْنا : لا تَلْزَمُه اليَمِينُ . فليس لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ، ثم يُنْظَرُ في المُحِيلِ ، فإن صَدَّقَ

117/4 ظ

---

(19) في م : « به » .

(20 - 20) سقط من : ب .

(21) في م : « أدفعك » .

(22) في الأصل ، ا ، م : « لزمه » .

المُدَّعِى فى أنّه أحالَهُ ، ثَبَتَتِ الحَوالَةُ له ؛ لأنَّ رِضَى المُحَالِ عليه لا يُعْتَبَرُ . وإن أنْكَرَ الحَوالَةَ ، حَلَفَ ، وسَقَطَ حُكْمُ الحَوالَةِ . وإن نَكَلَ المُحَالُ عليه عن اليَمِينِ ، فقُضِىَ عليه بالنُّكُولِ واسْتُوفِىَ الحَقُّ منه ، ثم إن المُحِيلَ صَدَّقَ المُدَّعِى ، فلا كَلَامَ . وإن أنْكَرَ الحَوالَةَ ، فالقولُ قولُه ، وله أن يَسْتَوْفِىَ من المُحَالِ عليه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له بالحَقِّ ويَدَّعِى أنَّ المُحْتَالَ ظَلَمَهُ ، ويَبْقَى دَيْنُ المُحْتَالِ على المُحِيلِ . وإن كان المُحِيلُ يُنْكِرُ أنَّ له عليه دَيْنًا ، فالقولُ قولُه بغير يَمِينٍ ؛ لأنَّ المُحْتَالَ يُقِرُّ بِبَرَاءَتِه منه ، لِاسْتِيفَائِه من المُحَالِ عليه . وإن كان المُحِيلُ يَعْتَرِفُ به ، لم يكُنْ لِلْمُحْتَالِ المُطَالَبَةُ به ؛ لأنَّه يُقِرُّ بأنَّه قد بَرِئَ منه بالحَوالَةِ ، والمُحِيلُ يُصَدِّقُ المُحَالَ عليه فى كَوْنِ المُحْتَالِ قد ظَلَمَهُ ، واسْتَوْفَى منه بغير حَقٍّ ، والمُحْتَالُ يَزْعُمُ أنَّ المُحِيلَ قد أخَذَ منه أيضا بغيرِ حَقٍّ ، وأنه يَجِبُ عليه أن يَرُدَّ ما أخَذَهُ منه إليه ، فيَنْبَغِى أن يَقْبِضَها المُحْتَالُ ، ويُسَلِّمَها إلى المُحَالِ عليه ، أو يَأْذَنَ لِلْمُحِيلِ فى دَفْعِها إلى المُحَالِ عليه . وإن صَدَّقَ المُحَالُ عليه المُحْتَالَ فى الحَوالَةِ ، ودَفَعَ إليه ، فأنْكَرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ ، حَلَفَ ، ورَجَعَ على المُحَالِ عليه . والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بما على المُحِيلِ من الدَّيْنِ على ما ذَكَرْنَا فى التى قبلَها .

فصل : فإن كان عليه أَلْفٌ ضَمِنَهُ رَجُلٌ ، فأحَالَ الضَّامِنُ صاحِبَ الدَّيْنِ به ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه وذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالتَّسْلِيمِ ، ويكونُ الحُكْمُ هٰهُنا كالحُكْمِ فيما لو قَضَى عنه الدَّيْنَ . فإن كان الأَلْفُ على رَجُلَيْنِ ، على كلِّ واحِدٍ منهما خَمْسُمائةٍ ، وكلُّ واحِدٍ كَفِيلٌ عن الآخرِ بذلك ، فأحَالَهُ أحدُهما بالأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهما معا ، كما لو قَضاهَا . وإن أحَالَ صاحِبُ الأَلْفِ رَجُلًا على أحَدِهما بعَيْنِه بالأَلْفِ ، صَحَّتِ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ على كلِّ واحِدٍ منهما مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ عليهما جَمِيعًا ، لِيَسْتَوْفِىَ منهما ، أو من أيِّهما شَاءَ ، صَحَّتِ الحَوالَةُ أيضا عند القاضى ؛ لأنَّه لا فَضْلَ هٰهُنا فى نَوْعٍ ولا أجَلٍ ولا عَدَدٍ ، وإنَّما هو / زِيَادَةُ اسْتِيثَاقٍ ، فلم يَمْنَعْ ذلك صِحَّةَ الحَوالَةِ ، كحَوالَةِ المُعْسِرِ على المَلِيءِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ

١١٨/٤و

الفَضْلَ قد دَخلَها ، فإنَّ المُحْتالَ ارْتَفق بالتَّخْيِيرِ بالاسْتِيفَاءِ منهما ، أو مِن أيِّهما شاءَ ، فأَشْبَهَ ما لو أحَالَهُ على رَجُلَيْنِ له على كلٍّ واحدٍ منهما أَلْفٌ لِيَسْتَوْفِيَ من أيِّهما شاءَ . والأَوَّلُ أصَحُّ . والفَرْقُ بين هذه المَسْأَلَةِ ، وبين ما إذا أحَالَهُ بأَلْفَيْنِ ، أنَّه لا فَضْلَ بينهما فى العَدَدِ هٰهُنا ، وثَمَّ تَفَاضَلَا فيه ، ولأنَّ الحَوالَةَ هٰهُنا بِأَلْفٍ مُعَيَّنٍ ، وثَمَّ الحَوَالَةُ بأَحَدِهِما من غيرِ تَعْيِينٍ ، وأنَّه إذا قَضَاهُ أحَدُهما الأَلْفَ فقد قَضَى جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وثَمَّ إذا قَضَى أحَدُهما بَقِيَ ما على الآخرِ ، ولو لم يكُنْ كلُّ واحدٍ من الرَّجُلَيْنِ ضَامِنًا عن صَاحِبه ، فأحَالَ عليهما ، صَحَّتِ الحَوَالَةُ بغير إشْكَالٍ ؛ لأنَّه لمَّا كان له أن يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ من واحدٍ ، كان له أن يَسْتَوْفِيَ من اثْنَيْنِ ، كالوَكِيلَيْنِ .

بابُ الضَّمانِ[1]

٨٢٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْهُ حَقٌّ بَعْدَ وُجُوبِهِ ، أوْ قَالَ : مَا أعْطَيْتَهُ فهُوَ عَلَىَّ . فَقَدْ لَزِمَهُ مَا صَحَّ أنَّه أعْطَاهُ)

الضَّمَانُ : ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى الْتِزَامِ الحَقِّ . فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِهِمَا جَمِيعًا ، ولِصَاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ من شاءَ منهما ، واشْتِقَاقُه من الضَّمِّ . وقال القاضى : هو مُشْتَقٌّ من التَّضْمِينِ[2] ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتَضَمَّنُ الحَقَّ . والأصْلُ فى جَوَازِه ، الكِتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ، أمَّا الكِتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[3] . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : الزَّعِيمُ الكَفِيلُ . وأمَّا السُّنَّةُ فما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[4] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، ورَوَى البُخَارِىُّ[5] ، عن سَلَمَةَ ابن الأكْوَعِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أُتِىَ بِرَجُلٍ لِيُصَلِّىَ عليه ، فقال : هل عليه دَيْنٌ ؟ قالوا : نعم ، دِينَارَانِ . قال : هل تَرَكَ لهما وَفَاءً ؟

---

(١) هذا العنوان من : م وحدها . وسبق عنوان : « كتاب الحوالة والضمان » .

(٢) فى الأصل ، ا ، م : « الضمين » .

(٣) سورة يوسف ٧٢ .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٥) فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفى : باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع ، من كتاب الكفالة . صحيح البخارى ٣ / ١٢٤ ، ١٢٦ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٧ ، ٥ / ٢٩٧ ، ٣٠٤ .

قالوا : لا ، فتأَخَّر ، فقِيل : لم لا تُصَلِّى[6] عليه ؟ : فقال : « مَا تَنْفَعُه صَلَاتِى وَذِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ؟ أَلا[7] قامَ أحَدُكُم فضَمِنَهُ » . فقام أبو قتادَةَ ، فقال : هما عَلَىَّ يا رسولَ اللهِ ، فَصَلَّى عليه النَّبِىُّ ﷺ . وأجْمَعَ المُسلمونَ على جَوازِ الضَّمَانِ فى الجُمْلَةِ . وإنما اخْتَلَفُوا فى فُرُوعٍ نَذْكُرُها إن شاءَ اللهُ تعالى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يقال : ضَمِينٌ ، وكَفِيلٌ ، وقَبِيلٌ ، وحَمِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ ، بِمَعْنًى واحِدٍ . ولابُدَّ فى الضَّمَانِ من ضَامِنٍ ، ومَضْمُونٍ عنه ، ومَضْمُونٍ له . ولابُدَّ من رِضَى الضَّامِنِ ، فإنْ أُكْرِهَ على الضَّمانِ لم يَصِحَّ ، ولا يُعْتَبرُ رِضَى المَضْمُونِ عنه / . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . لأنَّه لو قُضِىَ الدَّيْنُ عنه بغير إذْنِه ورِضاهُ صَحَّ ، فكذلك إذا ضُمِنَ عنه . ولا يُعْتَبَرُ رِضَى المَضْمُونِ له . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه إثْبَاتُ مَالٍ لآدَمِىٍّ ، فلم يَثْبُتْ إلَّا بِرِضَاهُ أو رِضَى من يَنُوبُ عنه ، كالبَيْعِ والشِّراءِ . وعن أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أن أبا قَتَادَةَ ضَمِنَ من غيرِ رِضَى المَضْمُونِ عنه ، فأجَازَهُ النَّبِىُّ ﷺ ، وكذلك رُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ لا يُعْتَبَرُ فيها قَبْضٌ ، فأَشْبَهَتِ الشَّهَادَةَ ، ولأنَّه ضَمانُ دَيْنٍ ، فأشْبَهَ ضَمانَ بعضِ الوَرَثَةِ دَيْنَ المَيِّتِ لِلْغَائِبِ ، وقد سَلَّمُوهُ .

118/4 ظ

فصل : ولا يُعْتَبَرُ أن يَعرِفَهُما الضَّامِنُ . وقال القاضى : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهما ، لِيَعْلَم هل المَضْمُونُ عنه أَهْلٌ لِاصْطِنَاعِ المَعْرُوفِ إليه أولا ؟ ولِيَعْرِفَ المَضْمُونَ له ، فَيُؤَدِّىَ إليه . وذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ له لذلك . ولا تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لا مُعَامَلَةَ بينهوبينه . ولأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ نحو هذه[8] . ولَنا ، حَدِيثُ عَلِىٍّ وأبى قَتادَةَ ، فإنَّهما ضَمِنَا لمن لم يَعْرِفَاهُ عَمَّنْ لم يَعْرِفَاهُ . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزَامِ مَالٍ ، فلم يُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ من يَتَبَرَّعُ له به ، كالنَّذْرِ .

فصل : وقد دَلَّتْ مَسْأَلَةُ الخِرَقِىِّ على أحْكامٍ ؛ منها ، صِحَّةُ ضَمانِ المَجْهُولِ ؛

---

(6) فى النسخ : « تصل » .

(7) فى م زيادة : « إن » .

(8) فى ب : « هذا » .

لقوله : مَا أَعْطَيْتَهُ فَهُوَ عَلَىَّ . وهذا مَجْهُولٌ فمتى قال : أنا ضَامِنٌ لك مَالَكَ على فُلَانٍ ، أو ما يُقْضَى به عليه ، أو ماتَقُومُ به البَيِّنَةُ ، أو يُقِرُّ به لك ، أو ما يَخْرُجُ فى رُوزِ مَا نَجك[9]. صَحَّ الضَّمَانُ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ومالِكٌ . وقال الثَّوْرِىُّ ، واللَّيْثُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لَا يَصِحُّ ؛ لأنَّه الْتِزَامُ مَالٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كالثَمَنِ فى المَبِيعِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وحِمْلُ البَعِيرِ غيرُ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّ حِمْلَ البَعِيرِ يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِه ، وعُمُومُ قولِه عليه السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ، ولأنَّه الْتِزَامُ حَقٍّ فى الذِّمَّةِ من غير مُعَاوَضَةٍ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والإِقْرَارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه بِضَرَرٍ[10] وخَطَرٍ ، وهو ضَمَانُ العُهْـدَةِ . وإذا قال : أَلْقِ مَتَاعَكَ فى البَحْرِ ، وعَلَىَّ ضَمَانُه . أو قال : ادْفَعْ ثِيَابَكَ إلى هذا الرَّفَّاءِ ، وعَلَىَّ ضَمَانُها . فَصَحَّ المَجْهُولُ ، كالعِتْقِ والطَّلَاقِ . ومنها ، صِحَّةُ ضَمَانِ ما لم يَجِبْ ، فإنَّ مَعْنَى قولِه : « ما أَعْطَيْتَهُ » ، [11]أى ما يُعْطِيه[11] فى المُسْتَقْبَلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه عَطَفَهُ على مَن ضُمِنَ عنه حَقٌّ بعدَ وُجُوبِه عليه ، فيَدُلُّ على أنَّه غيرُه ، ولو كان / « ما أَعْطَيْتَهُ » فى الماضِى ، كان مَعْنَى المَسْأَلَتَيْنِ سواءً ، أو إحْدَاهُما دَاخِلَةً فى الأُخْرَى . والخِلَافُ فى هذه المَسْأَلَةِ ودَلِيلُ القَوْلَيْنِ ، كالتى قبلَها ، إلَّا أنَّهم قالوا : الضَّمَانُ ضَمُّ ذِمَّةٍ[12] إلى ذِمَّةٍ فى الْتِزَامِ الدَّيْنِ ، فإذا لم يكُنْ على المَضْمُونِ عنه شىءٌ ، فلا ضَمَّ فيه ، فلا يكونُ ضَمَانًا . قُلْنا : قد ضَمَّ ذِمَّتَهُ[13] إلى ذِمَّةِ المَضمونِ عنه فى أنَّه يَلْزَمُه ما يلزمُه ، وأنَّ ما يَثْبُتُ[14] فى ذِمَّةِ مَضْمُونِه يَثْبُتُ فى ذِمَّتِه . وهذا كَافٍ . وقد سَلَّمُوا ضَمَانَ ما يُلْقِيهِ فى البَحْرِ قبلَ وُجُوبِه بقولِه : أَلْقِ مَتَاعَكَ فى البَحْرِ ، وعَلَىَّ ضَمَانُه . وسَلَّمَ أصْحابُ الشَّافِعِىِّ فى أحَدِ

٤/ا

---

(٩) كذا فى النسخ : « روزمانجك » .

والروزنامة : كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة .

(١٠) فى ب : « بغرر » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٢) فى ب زيادة : « الضامن » .

(١٣) من هنا إلى قوله : « فى ذمته » الآتى سقط من : ب .

(١٤) فى الأصل ، ب ، م : « ثبت » .

الوَجْهَيْنِ ضَمَانَ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ قبلَ العَمَلِ ، وما وَجَبَ شَىْءٌ بعدُ . ومنها ، أنَّ الضَّمَانَ إذا صَحَّ لَزِمَ الضَّامِنَ أداءُ ما ضَمِنَهُ ، وكان للْمَضْمُونِ[15] له مُطَالَبَتُهُ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وهو فَائِدَةُ الضَّمانِ ، وقد دَلَّ قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « والزَّعِيمُ غَارِمٌ » . واشْتِقَاقُ اللَّفْظِ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمَانِ عن كلِّ غَرِيمٍ[16] وَجَبَ عليه حَقٌّ ، حَيًّا كان أو مَيِّتًا ، مَلِيئًا أو مُفْلِسًا ؛ لِعُمُومِ لَفْظِهِ فيه . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ المَيِّتِ ، إلَّا أن يَخْلُفَ وَفَاءً . فإن خَلَفَ بعضَ الوَفَاءِ ، صَحَّ ضَمَانُه بِقَدْرِ ما خلَفَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ سَاقِطٌ ، فلم يَصِحَّ ضَمَانُه ، كما لو سَقَطَ بالإِبْرَاءِ ، ولأنَّ ذِمَّتَهُ قد خَرِبَتْ خَرابًا لا تَعْمُرُ بعدَه ، فلم يَبْقَ فيها دَيْنٌ ، والضَّمانُ : ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ فى الْتِزَامِه . ولَنا ، حَدِيثُ أبى قَتادَةَ وعلىٍّ ، فإنَّهما ضَمِنَا دَيْنَ مَيِّتٍ لم يَخْلُفْ وَفاءً . والنَّبِىُّ ﷺ حَضَّهُم على ضَمَانِه فى حَدِيثِ أبى قَتَادَةَ ، بقولِه : « ألَا قَامَ أحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وهذا صَرِيحٌ فى المَسْأَلَةِ ، ولأنَّه دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فصَحَّ ضَمانُه ، كما لو خَلَفَ وَفَاءً ، وَدَلِيلُ ثُبوتِه أنَّه لو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بقَضاءِ دَيْنِه ، جَازَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ اقْتِضَاؤُه ، ولو ضَمِنَهُ حَيًّا ثم مَاتَ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، ولو بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وفى هذا انْفِصَالٌ عما ذَكَرُوهُ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمَانِ فى كلِّ حَقٍّ ، أعْنِى من الحُقُوقِ المالِيَّةِ الوَاجِبَةِ ، أو التى تَؤُولُ إلى الوُجُوبِ ، كثَمَنِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ وبعدَه ، والأُجْرَةِ والمَهْرِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه[17] ؛ لأنَّ هذه الحُقُوقَ لَازِمَةٌ ، وجَوازُ سُقُوطِها لا يَمْنَعُ ضَمَانَها ، كالثَّمَنِ فى المَبِيعِ بعدَ انْقِضَاءِ الخِيارِ ، ويجوزُ أن يَسْقُطَ بِرَدِّهِ[18] بِعَيْبٍ أو مُقَايَلَةٍ . وبهذا كلِّه قال الشَّافِعِىُّ .

٤/١١٩ظ **فصل** : فيما يَصِحُّ ضَمَانُه / : ويَصِحُّ ضَمانُ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ ، وفى المُسَابَقَةِ

---

(١٥) فى م : « المضمون » .

(١٦) فى م : « من » .

(١٧) فى الأصل ، ا ، م : « أو بعده » .

(١٨) فى ا ، م : « برد » .

والمُناضَلَةِ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : لا يَصِحُّ ضَمَانُه ؛ لأنَّه لا يَؤُولُ إلى اللُّزُومِ ، فلم يَصِحّ ضَمَانُه ، كمَالِ الكِتَابَةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . ولأنَّه يَؤُولُ إلى اللُّزُومِ إذا عَمِلَ العَمَلَ ، وإنَّما الذى لا يَلْزَمُ العَمَلُ ، والمالُ يَلْزَمُ بِوُجُودِه ، والضَّمَانُ لِلْمَالِ دون العَمَلِ . ويَصِحُّ ضَمَانُ أَرْشِ الجِنَايَةِ ، سواءٌ كانت نُقُودًا كَقِيَمِ المُتْلَفَاتِ ، أو حَيوانًا كالدِّياتِ . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ ضَمَانُ الحَيَوَانِ الواجِبِ فيها ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وقد مَضَى الدَّلِيلُ على صِحَّةِ ضَمَانِ المَجْهُولِ ، ولأنَّ الإبِلَ الوَاجِبَةَ فى الذِّمَّةِ مَعْلُومَةُ الأَسْنَانِ والعَدَدِ ، وجَهَالَةُ اللَّوْنِ أو غيرِه من الصِّفَاتِ البَاقِيَةِ لا تَضُرُّ ؛ لأنَّه إنما يَلْزَمُهُ أَدْنَى لَوْنٍ أو صِفَةٍ فتَحْصُلُ مَعْلُومَةً ، وكذلك غيرُها من الحَيَوانِ ، ولأنَّ جَهْلَ ذلك لم يَمْنَعْ وُجُوبَه بالإتْلَافِ ، فلم يَمْنَعْ وُجُوبَهُ بالالْتِزَامِ . ويَصِحُّ ضَمَانُ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، سواءٌ كانت نَفَقَةَ يَوْمِها أو مُسْتَقْبَلَةً ؛ لأنَّ نَفقَةَ اليَوْمِ وَاجِبَةٌ ، والمُسْتَقْبَلَةَ مآلُها إلى اللُّزُومِ ، ويَلْزَمُه ما يَلْزَمُ الزَّوْجَ فى قِيَاسِ المَذْهَبِ . وقال القاضِى : إذا ضَمِنَ نَفَقَةَ المُسْتَقْبَلِ ، لم تَلْزَمْهُ إلَّا نَفقَةُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ على ذلك تَسْقُطُ بالإعْسَارِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ على القولِ الذى [19] قال فيه : يَصِحُّ [19] ضَمَانُها . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ ضَمانُ ما لم يَجِبْ ، واحْتِمَالُ عَدَمِ وُجُوبِ الزِّيَادَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمَانِها ، بِدَلِيلِ الجُعْلِ فى الجُعَالَةِ ، والصَّدَاقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والمَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ . فأمَّا النَّفَقَةُ فى الماضِى ، فإن كانت وَاجِبَةً ، إمَّا بِحُكْمِ الحَاكِمِ بها ، أو قُلْنا : بِوُجُوبِها بدون حُكْمِه ، صَحَّ ضَمَانُها ، وإلَّا فلا . ويَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ السَّلَمِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . والأُخْرَى لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى اسْتِيفَاءِ المُسْلَمِ فيه من [20] غيرِ المُسْلَمِ إليه ، فلم يَجُزْ ، كالحَوَالَةِ به . والأُولَى [21] أصَحُّ ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَازِمٌ فَصَحَّ ضَمَانُه ، كالأُجْرَةِ وثَمَنِ المَبِيعِ . ولا يَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ الكِتَابَةِ ، فى

(١٩ - ١٩) فى ب : « فارقه بصحة » .

(٢٠) سقط من : ا .

(٢١) فى م : « والأول » .

إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ وأكْثرِ أهْلِ العِلْمِ . والأُخْرَى : يَصِحُّ ؛ لأنَّه دَيْنٌ على المُكَاتَبِ ، فَصَحَّ ضَمَانُه ، كسَائِرِ الدُّيُونِ عليه . والأُولَى أصَحُّ ؛ لأنَّه ليس بِلازِمٍ . ولا مَآلُه إلى اللُّزومِ ، فإنَّ لِلْمُكَاتَبِ تَعْجِيزَ نَفْسِه ، والامْتِنَاعَ من[22] أدَائِه ، فإذا لم يَلْزَم الأَصِيلَ ، فالضَّمِينُ أوْلَى . ويَصِحُّ ضَمَانُ الأعْيَانِ المَضْمُونَةِ ، كالمَغْصُوبِ والعَارِيَّةِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ فى أحَدِ القَوْلَيْنِ[23] ، وقال فى الآخَرِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأعْيانَ غيرُ / ثَابِتَةٍ فى الذِّمَّةِ ، وإنما يُضْمَنُ ما ثَبَتَ فى الذِّمَّةِ ، وَوَصْفُنا لها بالضَّمَانِ إنَّما مَعْناهُ أنه يَلْزَمُه قِيمَتُها إن تَلِفَتْ ، والقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ . ولَنا ، أنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى يَدِه ، فصَحَّ ضَمَانُها ، كالحُقُوقِ الثَّابِتَةِ فى الذِّمَّةِ . وقولُهم : إنَّ الأعْيَانَ لا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . قُلْنا : الضَّمَانُ فى الحَقِيقَةِ إنَّما هو ضَمَانُ اسْتِنْقَاذِهَا ورَدِّهَا ، والْتِزَامُ تَحْصِيلِها أو قِيمَتِهَا عند تَلَفِهَا . وهذا ممَّا يَصِحُّ ضَمَانُه ، كعُهْدَةِ المَبِيعِ ، فإنَّ ضَمَانَها يَصِحُّ ، وهو فى الحَقِيقَةِ الْتِزَامُ رَدِّ الثمَنِ أو عِوَضِه ، إن ظَهَرَ بالبَيْعِ عَيْبٌ ، أو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فأمَّا الأمَانَاتُ ، كالوَدِيعَةِ ، والعَيْنِ المُؤْجَرَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُضَارَبَةِ ، والعَيْنِ التى يَدْفَعُها إلى القَصَّارِ والخَيَّاطِ ، فهذه إن ضَمِنَها من غيرِ تَعَدٍّ فيها ، لم يَصِحَّ ضَمَانُها ؛ لأنَّها غيرُ مَضْمُونَةٍ على مَن هى فى يَدِه ، فكذلك على ضَامِنِه[24] . وإن ضَمِنَها إن تَعَدَّى فيها ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، يَدُلُّ على صِحَّةِ الضَّمَانِ ؛ فإنَّه قال فى رِوَايَةِ الأثْرَمِ ، فى رَجُلٍ يَتَقَبَّلُ من النّاسِ الثِّيَابَ ، فقال له رَجُلٌ : ادْفَعْ إليه ثِيَابَكَ ، وأنا ضَامِنٌ . فقال له[25] : هو ضَامِنٌ لما دَفَعَهُ إليه . يَعْنِى إذا تَعَدَّى أو تَلِفَ بِفِعْلِه . فعلى هذا إن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ منه ولا فِعْلِه ، لم يَلْزَمِ الضَّامِنَ شىءٌ ، لما ذَكَرْنا ، وإن تَلِفَ بِفِعْلِه أو تَفْرِيطٍ لَزِمَهُ ضَمَانُها ، ولَزِمَ ضَامِنَهُ ذلك ؛ لأنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى

(22) فى م : « عن » .

(23) فى ا ، ب : « الوجهين » .

(24) فى م : « ضامنها » .

(25) سقط من : ب .

يَده ، فَلَزِمَ[٢٦] ضَامِنهُ ، كالـغُصُوب[٢٧] والعَـوَارِى . وهـذا فى الحَقِيقَـةِ ضَمَانُ ما لم يَجبْ ، وقد بَيَّنَّا جَوَازَهُ . ويَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ عن البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وعن المُشْتَرِى لِلْبَائِعِ ، فضَمَانُه على المُشْتَرِى هو أن يَضْمَنَ الثَّمَنَ الوَاجِبَ بالبَيْعِ قبل تَسْلِيمِه ، وإن ظَهَرَ فيه عَيْبٌ أو اسْتُحِقَّ ، رَجَعَ بذلك على الضَّامِنِ ، وضَمَانُه عن البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى هو أن يَضْمَنَ عن البائِعِ الثمَنَ متى خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أو رُدَّ بِعَيْبٍ ، أو أَرْشِ العَيْبِ . فَضَمَانُ العُهْدَةِ فى المَوْضِعَيْنِ هو ضَمَانُ الثَّمَنِ أو جُزْءٍ منه عن أحَدِهِمَا لِلآخَرِ . وحَقِيقَةُ العُهْدَةِ الكِتَابُ الذى يَكْتُبُ فيه وَثِيقَةَ البَيْعِ ، ويَذْكُرُ فيه الثَّمَنَ ، فَعُبِّرَ به عن الثَّمَنِ الذى يَضْمَنُه . وممن أجازَ ضَمانَ العُهْدَةِ فى الجملة أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . ومَنَعَ منه بعضُ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لكَوْنِه ضَمَانَ ما لم يَجِبْ ، وضَمَانَ مَجْهُولٍ ، وضَمَان عينٍ . وقد بَيَّنَّا جَوَازَ الضَّمَانِ فى ذلك كلِّه . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى / الوَثِيقَةِ على البائِعِ ، والوَثَائِقُ ثَلَاثَةٌ ؛ الشَّهَادَةُ ، والرَّهْنُ ، والضَّمَانُ . فأَمَّا الشَّهَادَةُ فلا يُسْتَوْفَى منها الحَقُّ ، وأما الرَّهْنُ فلا يجوزُ فى ذلك بالإِجْمَاعِ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن يَبْقَى أبَدًا مَرْهُونًا ، فلم يَبْقَ إلَّا الضَّمَانُ . ولأنَّه لا يَضْمَنُ إلَّا ما كان وَاجِبًا حالَ العَقْدِ ؛ لأنَّه إنما يَتَعَلَّقُ بالضَّمَانِ حُكْمٌ إذا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا حالَ العَقْدِ ، ومتى كان كذلك ، فقد ضَمِنَ ما وَجَبَ حين العَقْدِ ، والجَهَالَةُ مُنْتَفِيَةٌ ؛ لأنَّه ضَمِنَ الجُمْلَةَ ، فإذا خَرَجَ بعضُه مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ بعضُ ما ضَمِنَهُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَصِحُّ ضَمَانُ العُهْدَةِ عن البائِعِ لِلْمُشْتَرِى قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وبعدَه . وقال الشَّافِعِىُّ : إنَّما يَصِحُّ بعدَ القَبْضِ ؛ لأنَّه قبلَ القَبْضِ لو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لم يَجِبْ على البائِعِ شىءٌ . وهذا يَنْبَنِى على ضَمَانِ ما لم يَجِبْ إذا كان مُفْضِيًا إلى الوُجُوبِ ، كالجُعَالَةِ . وألْفاظُ ضَمانِ العُهْدَةِ أن يقولَ : ضَمِنْتُ عُهْدَتَه أو ثَمَنَهُ أو دَرَكَهُ . أو يقولَ لِلْمُشْتَرِى : ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ منه . أو يقولَ : متى خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وحُكِىَ عن أبى يوسفَ ، أنَّه قال : ضَمِنْتُ

٤/١٢٠ ظ

---

(٢٦) فى ب : « فلزمه » .

(٢٧) فى ب : « كالمغصوب » .

(٢٨ عُهْدَته ، أو ضَمِنْتُ ٢٨) لك العُهْدَةَ . والعُهْدَةُ فى الحَقِيقَةِ : هى الصَّكُّ المَكْتُوبُ فيه الابْتِيَاعُ . هكذا فَسَّرَهُ به أهْلُ اللُّغَةِ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّ العُهْدَةَ صَارَتْ فى العُرْفِ عِبارَةً عن الدَّرَكِ وضَمَانِ الثَّمَنِ ، والكَلَامُ المُطْلَقُ يُحْمَلُ على الأَسْمَاءِ العُرْفِيَّةِ دون اللُّغَوِيَّةِ ، كالرَّاوِيَةِ ، تُحْمَلُ(٢٩) عند إطْلَاقِهَا على الْمَزادَةِ ، لا على الجَمَلِ ، وإن كان هو المَوْضُوعَ . فأمَّا إن ضَمِنَ له خَلاصَ المَبِيعِ ، فقال أبو بكرٍ : هو بَاطِلٌ ؛ لأنَّه إذا خَرَجَ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، لا يَسْتَطِيعُ تَخْلِيصَه ، ولا يَحِلُّ . وقد قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ بَاعَ عَبْدًا أو أَمَةً ، وضَمِنَ له الخَلَاصَ ، فقال : كيف يَسْتَطِيعُ الخَلَاصَ إذا خَرَجَ حُرًّا ؟ فإن ضَمِنَ عُهْدَةَ المَبِيعِ وخَلَاصَه ، بَطَلَ فى الخَلاصِ . وهل يَصِحُّ فى العُهْدَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . إذا ثَبَتَ صِحَّةُ ضَمَانِ العُهْدَةِ ، فالكلامُ فيما يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، فنقولُ : إنَّ اسْتِحْقَاقَ رُجُوعِ المُشْتَرِى بالثمَنِ لا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ بعدَ العَقْدِ ، أو مُقَارِنٍ له ، فأمَّا الحادِثُ فمثلُ(٣٠) تَلَفِ المَبِيعِ من المَكِيلِ والمَوْزُونِ(٣١) فى يَدِ البائِعِ أو بِغَصْبٍ من يَدِه أو يَتَقَايلَانِ ، فإن المُشْتَرِىَ يَرْجِعُ على / البائِعِ دون الضَّامِنِ ؛ لأنَّ هذا الاسْتِحْقَاقَ لم يكُنْ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، وإنَّما ضَمِنَ الاسْتِحْقاقَ المَوْجُودَ حالَ العَقْدِ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ به على الضَّامِنِ ؛ لأنَّ ضَمَانَ ما لم يَجِبْ جَائِزٌ ، وهذا منه . وأمَّا إن كان بِسَبَبٍ مُقَارِنٍ ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان بِسَبَبٍ لا تَفْرِيطَ من البائِعِ فيه ، كأَخْذِه بالشُّفْعَةِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُ الثمَنَ من الشَّفِيعِ ولا يَرْجِعُ على البائِعِ ولا الضَّامِنِ . ومتى لم يَجِبْ على المَضْمُونِ عنه شىءٌ ، لم يَجِبْ على الضَّامِنِ بطَرِيقِ الأَوْلَى . وأمَّا إن زَالَ مِلْكُه عن المَبِيعِ بِسَبَبٍ مُقَارِنٍ لِتَفْرِيطٍ من البَائِعِ ، بِاسْتِحْقَاقٍ أو حُرِّيَّةٍ أو رَدٍّ بِعَيْبٍ قَدِيمٍ ، فله الرُّجُوعُ إلى الضَّامِنِ ، وهذا ضَمَانُ العُهْدَةِ ، وإن أَرادَ أَخْذَ أَرْشِ العَيْبِ ، رَجَعَ على الضَّامِنِ

١٢١/٤ و

(٢٨ – ٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فى ب : « وتحمل » .

(٣٠) فى الأصل : « قبل » .

(٣١) فى م : « أو الموزون » .

أيضا ؛ لأنَّه إذا لَزِمَهُ كلُّ الثَّمَنِ ، لَزِمَهُ بعضُه إذا اسْتَحَقَّ ذلك على المَضْمُونِ عنه ، وسواءٌ ظَهَرَ كلُّ المَبِيعِ مُسْتَحَقًّا أو بعضُه ؛ لأنَّه إذا ظَهَرَ بعضُه مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فقد خرجَتِ العَيْنُ كلُّها من يَدِه بِسَبَبِ الاسْتِحقَاقِ ، وعلى الرِّوَايَةِ الأُخْرى : لا[32] يَبْطُلُ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، ولكن اسْتَحَقَّ رَدَّهَا ، فإن رَدَّهَا كلَّها فالحُكْمُ كذلك ، وإن أَمْسَكَ المَمْلُوكَ منها ، فله المُطَالَبَةُ بالأَرْشِ ، كما لو وَجَدَ بها عَيْبًا . ولو بَاعَهُ عَيْنًا أو أقْرضَهُ شَيْئًا بشَرْطِ أن يَرْهَنَ عنده عَيْنًا[33] ، فتكَفَّلَ[34] رَجُلٌ بتَسْلِيمِ[35] الرَّهْنِ ، لم تَصِحَّ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ الرَّاهِنَ إقْبَاضُه وتَسْلِيمُه ، فلا يَلْزَمُ الكَفِيلَ مالا يَلْزَمُ الأصْلَ . وإن ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِى قِيمَةَ ما يَحْدُثُ فى المَبِيعِ ، من بِنَاءٍ أو غِرَاسٍ ، صَحَّ ، سواءٌ ضَمِنَهُ البائِعُ أو أجْنَبِىٌّ ، فإذا بَنَى أو غَرَسَ واسْتُحِقَّ[36] المَبِيعُ ، رَجَعَ المُشْتَرِى على الضَّامِنِ بِقِيمَةِ ما تَلِفَ أو نَقَصَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه ضَمَانُ مَجْهُولٍ ، وضَمَانُ ما لم يَجِبْ . وقد بَيَّنَّا جَوَازَ ذلك .

فصل : فى من يَصِحُّ ضَمَانُه ، ومن لا يَصِحُّ . يَصِحُّ ضَمانُ كلِّ جائِزِ التَّصَرُّفِ فى مَالِه ، سواءٌ كان رجلًا أو امرأةً ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به المَالُ ، فَصَحَّ من المَرْأَةِ كالبَيْعِ ، ولا يَصِحُّ من المَجْنُونِ والمُبَرْسَمِ[37] ، ولا من صَبِىٍّ غيرِ مُمَيِّزٍ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّه إيجابُ مَالٍ بعَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ منهم ، كالنَّذْرِ . ولا يَصِحُّ من / السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليه . ذكرهُ أبو الخَطَّابِ ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ . وقال القاضى : يَصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّ من أَصْلِنَا أنَّ إقْرَارَهُ صَحِيحٌ يُتْبَعُ به من بعدِ فَكِّ الحَجْرِ عنه[38] ، فكذلك ضَمَانُه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه إيجَابُ مَالٍ بِعَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ منه ، كالبَيْعِ والشِّرَاءِ ، ولا يُشْبِه

٤/١٢١ظ

---

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) فى م : « عينها » .

(٣٤) فى م : « فكفل » .

(٣٥) فى ب : « تسليم » .

(٣٦) فى ب : « فاستحق » .

(٣٧) المبرسم : من به علة يهذى .

(٣٨) فى م زيادة : « صح » . خطأ .

الإقْرار ؛ لأنَّه إخْبارٌ بحَقٍّ سَابِقٍ . وأما الصَّبِىُّ المُمَيِّزُ ، فلا يَصِحُّ ضَمَانُه ، فى الصَّحِيح من الوَجْهَيْنِ . وهو قول الشَّافِعِىِّ . وخَرَّجَهُ أصْحابُنا على الرِّوَايَتَيْنِ فى صِحَّةِ إقْرَارِه وتَصَرُّفَاتِه بإِذْنِ وَلِيِّه ، ولا يَصِحُّ هذا الجَمْعُ ؛ لأنَّ هذا الْتِزَامُ مالٍ لا فائِدَةَ له فيه ، فلم يَصِحَّ منه ، كالتَّبَرُّعِ والنَّذْرِ ، بخِلَافِ البَيْعِ . وإن اخْتَلَفَا فى وَقْتِ الضَّمَانِ بعدَ بُلُوغِه ، فقال الصَّبِىُّ : قبلَ بُلُوغِى . وقال المَضْمُونُ له : بعدَ البُلُوغِ . فقال القاضى : قِياسُ قول أحمدَ أنَّ القولَ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ معه سَلامةَ العَقْدِ ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فَاسِدٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ البُلُوغِ ، وعَدَمُ وُجُوبِ الحَقِّ عليه . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ . ولا يُشْبِهُ هذا ما إذا اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فَاسِدٍ ؛ لأنَّ المُخْتَلِفَيْنِ ثَمَّ مُتَّفِقانِ على أهْلِيَّةِ[39] التَّصَرُّفِ ، والظَّاهِرُ أنَّهما لا يَتَصَرَّفانِ إلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فكان قولُ مُدَّعِى الصِّحَّةِ هو الظَّاهِرُ ، وهٰهُنا اخْتَلَفَا فى أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ[40] ، وليس مع من يَدَّعِى الأَهْلِيَّةَ ظَاهِرٌ يَسْتَنِدُ إليه ، ولا أصْلٌ يَرْجِعُ إليه ، فلا تَرْجُحُ دَعْوَاهُ . والحُكْمُ فى مَن عُرِفَ له حَالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ فى الصَّبِىِّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُهُ . فأما المَحْجُورُ عليه لِفَلَسٍ ، فيَصِحُّ ضَمَانُه ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّه من أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عليه فى مَالِه ، لا فى ذِمَّتِه ، فأشْبَهَ الرَّاهِنَ ، فصَحَّ تَصَرُّفُه فيما عدا الرَّهْنِ ، فهو كما لو اقْتَرَضَ أو أَقَرَّ أو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه . ولا يَصِحُّ ضَمَانُ العَبْدِ بغير إذْنِ سَيِّدِه ، سواءٌ كان مَأْذُونًا له فى التِّجَارَةِ أو غيرَ مَأْذُونٍ له . وبهذا قال ابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُتْبَعَ به[41] بعدَ العِتْقِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فصَحَّ تَصَرُّفُه بما لا ضَرَرَ على السَّيِّدِ فيه ، كالإقْرارِ بالإتْلَافِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه عَقْدٌ تَضَمَّنَ / إيجابَ مالٍ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إذْنٍ ، كالنِّكَاحِ . وقال ١٢٢/٤و

---

(٣٩) فى الأصل ، ا ، م : « أهمية » .

(٤٠) فى م : « الصرف » .

(٤١) سقط من : ا .

أبو ثَوْرٍ : إن كان من جِهَةِ التِّجارَةِ جازَ ، وإن كان من غيرِ ذلك لم يَجُزْ . فإن ضَمِنَ بإذْنِ سَيِّده ، صَحَّ ؛ لأنَّ سَيِّدَهُ لو أَذِنَ له فى التَّصَرُّفِ صَحَّ . قال القاضى : وقِياسُ المَذْهَبِ تَعلُّقُ المالِ برَقَبَته . وقال ابنُ عَقِيلٍ : ظَاهِرُ المَذْهَبِ وقِيَاسُه أنَّه يَتَعلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ . وقال أبو الخَطَّابِ : هل يَتَعلَّقُ برَقَبَتِهِ أو بِذِمَّةِ سَيِّده ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، كاسْتِدَانَتِه بإذْنِ سَيِّده . وقد سَبَقَ الكَلَامُ فيها . فإن أَذِنَ له سَيِّدُه فى الضَّمَانِ ليكونَ القَضاءُ من المالِ الذى فى يَده ، صَحَّ ، ويكونُ ما فى ذِمَّتِه مُتَعَلِّقًا [٤٢]برَقَبَةِ المالِ[٤٢] الذى فى يَدِ العَبْدِ ، كَتَعَلُّقِ حَقِّ الجِنَايَةِ بِرَقَبَةِ الجانِى ، كما لو قال الحُرُّ : ضَمِنْتُ لك الدَّيْنَ ، على أن تَأْخُذَ من مَالِى هذا . صَحَّ . وأما المُكَاتَبُ فلا يَصِحُّ ضَمَانُه بغيرِ إذْنِ سَيِّده ، كالعَبْدِ القِنِّ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مَالٍ ، فأشْبَه نَذْرَهُ[٤٣] الصَّدَقَةَ بغيرِ مالٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ عِتْقِه ، كقَوْلِنَا فى العَبْدِ . وإن ضَمِنَ بإذْنِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ أيضا ؛ لأنَّه ربما أَدَّى إلى تَفْوِيتِ الحُرِّيَّةِ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . فأمَّا المَرِيضُ ، فإن كان مَرَضُه غيرَ مَخُوفٍ ، أو غيرَ مَرَضِ المَوْتِ ، فحُكْمُه حُكْمُ الصَّحِيحِ . وإن كان مَرَضَ المَوْتِ الْمَخُوفَ ، فحُكْمُ ضَمَانِه حُكْمُ تَبَرُّعِه ، يُحْسَبُ[٤٤] من ثُلُثِه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مَالٍ لا يَلْزَمُه ، ولم يَأْخُذْ عنه عِوَضًا ، فأشْبَه الهِبَةَ . وإذا فُهِمَتْ إشَارَةُ الأَخْرَسِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرَارُه وتَبَرُّعُه ، فصَحَّ ضَمانُه ، كالنَّاطِقِ ، ولا يَثْبُتُ الضَّمَانُ بكِتَابَتِه[٤٥] مُنْفَرِدَةً عن إشارَةٍ يُفْهَمُ بها أنَّه قَصَدَ الضَّمانَ ؛ لأنَّه قد يَكْتُبُ عَبَثًا أو تَجْرِبَةً ، فلم يَثْبُتِ الضَّمانُ[٤٦] مع الاحْتِمالِ . ومن لا تُفْهَمُ إشارَتُه لا يَصِحُّ منه الضَّمانُ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى بِضَمَانِه ، ولأنَّه لا يَصِحُّ سَائِرُ تَصَرُّفَاتِه ، فكذلك ضَمَانُه .

(٤٢-٤٢) فى م : « بالمال » .

(٤٣) فى م : « نذر » .

(٤٤) فى ب : « يحتسب » .

(٤٥) فى الأصل ، ا ، م : « بكتابة » .

(٤٦) فى ب زيادة : « به » .

فصل : إذا ضَمِنَ الدَّيْنَ الحالَّ مُؤَجَّلًا ، صَحَّ ، ويكونُ حَالًّا على المَضْمُونِ عنه مُؤَجَّلًا على الضَّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ ضَمِنَ ما على فُلَانٍ أن يُؤَدِّيَهُ فى ثَلَاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويُؤَدِّيه كما ضَمِنَ . وَوَجْهُ ذلك : ما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أنَّ رجلًا لَزِمَ غَرِيمًا له بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ / ، على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : ما عِنْدِى شَىْءٌ أُعْطِيكَهُ[47] . فقال : واللهِ لا أُفَارِقُكَ[48] حتى تَقْضِيَنِى أو تَأْتِيَنِى بِحَمِيلٍ . فَجَرَّهُ إلى النبىِّ ﷺ ، فقال له النبىُّ ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ؟ » قال : شَهْرًا . قال رسولُ اللهِ ﷺ : « فَأَنَا أَحْمِلُ » . فجاءَ به[49] فى الوَقْتِ الذى قال النبىُّ ﷺ ، فقال له النبىُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هٰذَا؟ » قال : من مَعْدِنٍ . قال : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وقَضَاهَا عنه . رواهُ ابنُ ماجَه ، فى « سُنَنِه »[50] . ولأنَّه ضَمِنَ مَالًا بِعَقْدٍ مُؤَجَّلٍ ، فكان مُؤَجَّلًا كالبَيْعِ . فإن قيل : فعندَكم الدَّيْنُ الحالُّ لا يَتَأَجَّلُ ، فكيف يَتَأَجَّلُ على الضَّامِنِ ؟ أم كيف يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ على غير الوَصْفِ الذى يَتَّصِفُ به فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قُلْنا : الحَقُّ يَتَأَجَّلُ فى ابْتِدَاءِ ثُبُوتِه ، إذا كان ثُبُوتُه[51] بِعَقْدٍ ، وهذا ابْتِدَاءُ ثُبُوتِه فى حَقِّ الضَّامِنِ ، فإنَّه لم يكُنْ ثابتًا عليه حالًّا ، ويجوزُ أن يُخالِفَ ما فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ما فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بِدَلِيلِ ما لو مَاتَ المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، وكان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا[52] [53] إلى شَهْرٍ [53] ، فضَمِنَهُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم يكُنْ له مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ إلى شَهْرَيْنِ ، فإن قَضَاهُ قبل الأَجَلِ ، فله الرُّجُوعُ به

١٢٢/٤ ظ

---

(٤٧) فى الأصل : « أعطيك » .

(٤٨) فى الأصل : « فارقتك » . وفى سنن ابن ماجه : « أفارقك » .

(٤٩) سقط من : ا ، م . وفى السنن : « فجاءه » .

(٥٠) فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) فى ا : « حالا » .

(٥٣–٥٣) سقط من : الأصل ، ا .

فى الحال ، على الرِّوايَةِ التى تقولُ : إنَّه إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه[٥٤] ، رَجَعَ به ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما فيه ههُنا ، أنَّه قَضَى بغيرِ إذْنٍ . وعلى الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ به قبلَ الأَجَلِ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى القَضَاءِ قبلَ ذلك . وإن كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا فضَمِنَه حالًّا ، لم يَصِرْ حَالًّا ، ولم[٥٥] يَلْزَمْه أداؤُه قبلَ أَجَلِه ؛ لأنَّ الضَّامِنَ فَرْعٌ لِلْمَضْمُونِ عنه ، فلا يَلْزَمُه مالا يَلْزَمُ المَضْمُونَ عنه ، ولأنَّ المَضْمُونَ عنه لو الْتَزَمَ نَفْسَه تَعْجِيلَ هذا الدَّيْنِ ، لم يَلْزَمْهُ تَعْجِيلُه ، فبِأَنْ لا يَلْزَمَ الضَّامِنَ أَوْلَى ، ولأنَّ الضَّمَانَ الْتِزامُ دَيْنٍ فى الذِّمَّةِ ، فلا يجوزُ أن يُلْزَمَ[٥٦] مالا يَلْزَمُ المَضْمُونَ عنه . فعلى هذا ، إن قَضَاهُ حَالًّا ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّ ضَمَانَه لم يُغَيِّرْه عن تَأْجِيلِه . والفَرْقُ بين هذه المَسْأَلَةِ والتى قبلها ، أنَّ الدَّيْنَ الحَالَّ ثَابِتٌ فى الذِّمَّةِ ، مُسْتَحقُّ القَضاءِ فى جَمِيعِ الزَّمانِ ، فإذا ضَمِنَهُ مُؤَجَّلًا فقد الْتَزَمَ بعضَ ما يَجِبُ على المَضْمُونِ عنه ، فصَحَّ ، كما لو كان الدَّيْنُ عَشَرَةً ، فضَمِنَ خَمْسَةً ، وأمَّا الدَّيْنُ المُؤَجَّلُ ، فلا يُسْتَحَقُّ قَضاؤُه إلَّا عندَ أَجَلِه ، فإذا ضَمِنَه / حَالًّا الْتَزَمَ مالم يَجِبْ على المَضْمُونِ ، فأشْبَه مالو كان الدَّيْنُ عَشَرَةً فضَمِنَ عِشْرِينَ . وقيل : يَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ضَمَانُ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ حَالًّا ، كما يَصِحُّ ضَمَانُ الحالِّ مُؤَجَّلًا ، قِيَاسًا لإحْدَاهما على الأُخْرَى . وقد فَرَّقْنا بينهما بما يَمْنَعُ القِيَاسَ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . ‏١٢٣/٤ و

فصل : وإذا ضَمِنَ دَيْنًا مُؤَجَّلًا عن إنسانٍ ، فماتَ أحَدُهما ، إمَّا الضَّامِنُ وإمَّا المَضْمُونُ عنه ، فهل يَحِلُّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، تَقَدَّمَ ذِكْرُهما . فإن قُلْنا : يَحِلُّ على المَيِّتِ ، لم يَحِلَّ على الآخرِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يَحِلُّ على شَخْصٍ بِمَوْتِ غيرِه ، فإن كان المَيِّتُ المَضْمُونَ عنه ، لم يَسْتَحِقَّ مُطَالَبَةَ الضَّامِنِ قبلَ الأَجَلِ ، فإن قَضَاهُ قبلَ الأَجَلِ ، كان مُتَبَرِّعًا بتَعْجِيلِ القَضاءِ ، وهل له مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأَجَلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ فى مَن قَضَى الدَّيْنَ[٥٧] بغير إذْنِ مَن هو عليه . وإن كان

(٥٤) فى ا ، م : « إذن » .
(٥٥) فى م : « ولا » .
(٥٦) فى ا ، م : « يلتزم » .
(٥٧) سقط من : م .

الميِّتُ الضَّامِنَ ، فَاسْتَوْفَى الغَرِيمُ الدَّيْنَ(٥٨) من تَرِكَتِه ، لم يكُنْ لِوَرَثَتِه مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه حتى يَحِلَّ الحَقُّ ؛ لأنَّه مُؤَجَّلٌ عليه ، فلا يستَحِقُّ مُطَالبَته به(٥٩) قبل أجَلِه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وحُكِيَ عن زُفَرَ أنَّ لهم مُطَالَبَتَهُ ؛ لأنَّه أدْخَلَه فى ذلك مع عِلْمِه أنَّه يَحِلُّ بمَوْتِه . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فلا تجوزُ مُطالَبَتُه به قبلَ الأجَلِ ، (٦٠ كما لو لم يَمُتْ . وقوله : أدْخَلَهُ فيه . قُلْنا : إنَّما أدْخَلَهُ فى المُؤَجَّلِ ، وحُلُولُه بِسَبَبٍ من جِهَتِه ، فهو٦٠) كما لو قَضَى قبلَ الأَجَلِ .

٨٢٣ – مسألة ؛ قال : (**وَلَا يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ الضَّامِنِ**)

يعنى أنَّ المَضْمُونَ عنه لا يَبْرَأُ بِنَفْسِ الضَّمَانِ ، كما يَبْرَأُ المُحِيلُ بِنَفْسِ الحَوَالَةِ قبلَ القَبْضِ ، بل يَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، مع بَقائِه فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، ولِصاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ من شاءَ منهما فى الحَيَاةِ وبعدَ المَوْتِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثَوْرٍ : الكَفَالَةُ والحَوَالَةُ سواءٌ ، وكِلَاهما يَنْقُلُ الحَقَّ عن ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه والمُحِيلِ . وحُكِيَ ذلك عن ابن أبى لَيْلَى ، وابن شُبْرُمَةَ ، ودَاوُدَ ، واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو سَعِيدٍ الخُدْرِيُّ قال : كُنَّا مع النَّبِيِّ ﷺ فى جِنَازَةٍ ، فلمَّا وُضِعَتْ ، قال : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ » قالوا : نعم ، دِرْهَمَانِ . فقال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . فقال عَلِيٌّ : هما عَلَيَّ يا رسولَ الله ، وأنا لهما ضَامِنٌ . فقام رسولُ الله ﷺ ، فصَلَّى عليه ، ثم أقْبَلَ على عَلِيٍّ فقال : « جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا عَنِ الإِسْلَامِ ، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فقيل : يا رسولَ الله ، هذا لِعَلِيٍّ خاصَّةً ، أم للنّاسِ عَامَّةً ؟ فقال : « لِلنّاسِ عَامَّةً » . رَوَاهُ

---

(٥٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٩) سقط من : الأصل ، م .

(٦٠ – ٦٠) سقط من : الأصل .

الدَّارَقُطْنِيُّ[1] . فدَلَّ على أنَّ المَضْمُونَ عنه بَرِئَ/ بالضَّمانِ . ورَوَى الإمامُ أحمدُ فى ١٢٣/٤ظ « المُسْنَدِ »[2] ، عن جَابِرٍ ، قال : تُوُفِّىَ صَاحِبٌ لنا ، فأَتَيْنا النَّبىَّ ﷺ لِيُصَلِّىَ عليه ، فخَطَا خُطْوَةً ، ثم قال : « أعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » قُلْنا : دِينَارَانِ . فانْصَرَفَ ، فتَحَمَّلَهُما أبو قَتادَةَ . فقال : الدِّينارَانِ عَلَىَّ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « وَجَبَ حَقُّ الْغَرِيمِ ، وبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُما ؟ » قال : نعم . فصَلَّى عليه ، ثم قال بعد ذلك : ما فعل الدِّينَارَانِ ؟ قال : إنما مَاتَ أَمْس . قال : فعَادَ إليه من الغَدِ ، فقال : قد قَضَيْتُهُما . فقال رسُولُ اللهِ ﷺ : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَهُ »[3] . وهذا صَرِيحٌ فى بَرَاءَةِ المَضْمُونِ عنه لقوله : « وبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُمَا » . ولأنَّه دَيْنٌ واحِدٌ ، فإذا صَارَ فى ذِمَّةٍ ثَانِيَةٍ بَرِئَتِ الأُولَى منه ، كالمُحَالِ به ؛ وذلك لأنَّ[4] الواحِدَ لا يَحِلُّ فى مَحَلَّيْنِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِه حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[5] . وقولُه فى خَبَرِ أبى قَتادَةَ : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَهُ » . حين أخْبَرَهُ أنَّه قَضَى دَيْنَهُ ، ولأنَّها وَثِيقَةٌ ، فلا تَنْقُلُ الحَقَّ ، كالشَّهادَةِ . وأمَّا صَلاةُ النَّبِىِّ ﷺ على المَضْمُونِ عنه ، فلأنَّه بالضَّمَانِ صَارَ له وَفَاءٌ ، وإنَّما كان النَّبِىُّ ﷺ يَمْتَنِعُ من الصلاةِ على مَدِينٍ لم يَخْلُفْ وَفَاءً . وأمَّا قولُه لِعَلِىٍّ : « فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فإنَّه كان بحَالٍ لا يُصَلِّى عليه النَّبِىُّ ﷺ ، فلمَّا ضَمِنَهُ فَكَّه مِن ذلك ، أو ممَّا فى مَعْناه . وقولُه : « بَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا » . أى[6] صِرْتَ أنتَ المُطَالَبَ بهما . وهذا على سَبِيلِ التَّأْكِيدِ ؛ لِثُبُوتِ الحَقِّ فى ذِمَّتِه ، وَوُجُوبِ الأَدَاءِ عليه ، بِدَلِيلِ قولِه فى

---

(١) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤٧ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ .

(٢) تقدمت قصة أبى قتادة هذه فى صفحة ٧١ ، عن سلمة بن الأكوع عنه . والقصة هنا عن جابر أخرجها الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٠ .

كما أخرجها أبو داود ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٢١ .

(٣) فى م : « جلدته » .

(٤) فى م زيادة : « الدين » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٦٧ .

(٦) سقط من : م .

سِيَاقِ الحَدِيثِ ، حين أخْبَرَهُ بالقَضاءِ : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . ويُفَارِقُ الضَّمَانُ الحَوَالَةَ ؛ فإنَّ الضَّمانَ مُشْتَقٌّ من الضَّمِّ ، فيَقْتَضِى الضَّمَّ بين الذِّمَّتَيْنِ فى تَعَلُّقِ الحَقِّ بهما وثُبُوتِه فيهما . والحَوَالَةُ من التَّحَوُّلِ ، فتَقْتَضِى تَحَوُّلَ الحَقِّ من مَحَلِّه إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وقولهم : إنَّ[7] الدَّيْنَ الواحِدَ لا يَحِلُّ فى مَحَلَّيْنِ . قُلْنا : يجوزُ تَعَلُّقُه بمَحَلَّيْنِ على سَبِيلِ الاسْتِيثَاقِ ، كتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ به وبِذِمَّةِ الرَّاهِنِ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : أمَّا الحَىُّ فلا يَبْرَأ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، رِوَايَةً واحِدَةً ، وأمَّا المَيِّتُ ففى بَرَاءَتِه بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، يَبْرَأُ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ يوسفَ بن موسى ؛ لما ذَكَرْنا من الخَبَرَيْنِ ، ولأنَّ فَائِدَةَ الضَّمَانِ فى حَقِّه تَبْرِئَةُ ذِمَّتِه ؛ فيَنْبَغِى أن تَحْصُلَ هذه الفَائِدَةُ بمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، بخِلَافِ الحَىِّ ، فإنَّ المَقْصُودَ / من الضَّمَانِ فى حَقِّه الاسْتِيثَاقُ بالحَقِّ[8] ، وثُبُوتُه فى الذِّمَّتَيْنِ آكَدُ فى الاسْتِيثَاقِ[9] . والثانية ، لا يَبْرَأُ إلَّا بالأدَاءِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، ولأنَّه ضَمانٌ ، فلا يَبْرَأُ به المَضْمُونُ عنه كالحَىِّ .

١٢٤/٤ و

فصل : ولِصاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَن شاءَ منهما . وحُكِىَ عن مالكٍ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عنه ، أنَّه لا يُطَالِبُ الضَّامِنَ إلَّا إذا تَعَذَّرَ مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ ، فلا يُسْتَوْفَى الحَقُّ منها إلَّا عند تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِه من الأَصْلِ ، كالرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، فمَلَكَ مُطَالَبَتَه ، كالأصِيلِ ، ولأنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فى ذِمَّتِهما ، فمَلَكَ مُطَالَبَةَ مَن شاءَ منهما ، كالضَّامِنَيْنِ إذا تَعَذَّرَتْ مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه . ولا يُشْبِهُ الرَّهْنَ ؛ لأنَّه مَالُ مَن عليه الحَقُّ ، وليس بِذِى ذِمَّةٍ يُطَالَبُ ، إنَّما يُطَالِبُ مَن عليه الدَّيْنُ ، لِيَقْضِىَ منه أو من غيرِه .

---

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى ا ، م زيادة : « بالحق » .

فصل : وإن أبْرأ صاحِبُ الدَّيْنِ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه تبَعٌ ، ولأنَّه وَثِيقَةٌ ، فإذا بَرِئَ الأَصِيلُ[10] زالَتِ الوَثِيقَةُ ، كالرَّهْنِ . وإن أبْرأ الضَّامِنَ لم تَبْرأْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه أصْلٌ ، فلا يَبْرأُ بإبْرَاءِ التَّبَعِ ؛ ولأنَّه وَثِيقَةٌ انْحَلَّتْ من غير اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ منها ، فلم تَبْرأْ ذِمَّةُ الأَصِيلِ[11] منها[12] ، كالرَّهْنِ إذا انْفَسَخَ من غيرِ اسْتِيفَائِه[13] . وأيُّهما قَضَى الحَقَّ بَرِئَا جَمِيعا من المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا اسْتُوفِيَ مَرَّةً زَالَ تَعَلُّقه بهما ، كما لو اسْتُوفِيَ الحَقُّ الذى به رَهْنٌ ، وإن أحَالَ أحدُهما[14] الغَرِيمَ بَرِئَا جَمِيعًا ؛ [15]لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا اسْتُوفِيَ مَرَّةً زَالَ تَعَلُّقه بهما كما لو اسْتُوفِيَ دَيْنُ الرَّهْنِ . وإن أحالَ أحَدُهما الغَرِيمَ بَرِئَا جَمِيعًا[15] ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ كالقَضَاءِ .

فصل : وإن ضَمِنَ الضَّامِنَ ضَامِنٌ آخَرُ صَحَّ ؛ لأنه دَيْنٌ لَازِمٌ فى ذِمَّتِه ، فصَحَّ ضَمَانُه ، كسائِرِ الدُّيُونِ ، ويَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَمٍ ثَلاثَةٍ ، فأيُّهم[16] قَضاهُ بَرِئَتْ ذِمَمُهم كلُّها ؛ لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا قُضِيَ مَرَّةً لم يَجِبْ قَضاؤُه مَرَّةً أُخْرَى . وإن أبْرأ الغَرِيمُ المَضْمُونَ[17] عنه ، بَرِئَ الضَّامِنَانِ ؛ لأنَّهما فَرْعٌ . وإن أبْرأ الضَّامِنَ الأَوَّل بَرِئَ الضَّامِنَانِ كذلك ، ولم يَبْرأْ المَضْمُونُ عنه ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن أبْرأ الضَّامِنَ الأَوَّل ، بَرِئَ

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « الأصل » .

(١١) فى م : « الأصل » .

(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣) فى الأصل ، ب : « استيفاء » .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١٥ – ١٥) سقط من : الأصل ، نقلة نظر .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « أيهم » .

(١٧) فى الأصل : « ذمة المضمون » .

الضَّامِنَانِ كذلك ، ولم يَبْرَأ المَضْمُونُ عنه ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن أَبْرَأَ الضَّامِنَ الثانى بَرِئَ وَحْدَه . ومتى حَصَلَتْ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ بالإِبراءِ ، فلا رُجُوعَ[18] فيها بحالٍ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ مع الغُرْمِ ، وليس فى الإِبْراءِ غُرْمٌ . والكَفَالَةُ كالضَّمَانِ فى هذا المَعْنَى جَمِيعِه ، وتَزِيدُ بأنَّه إذا مَاتَ المَكْفُولُ عنه بَرِئَ كَفِيلَاهُ ، وإن مَاتَ الكَفِيلُ الأَوَّلُ بَرِئَ الثانى / دون المَكْفُولِ عنه ؛ لأنَّ الوَثِيقَةَ انْحَلَّتْ من غير اسْتِيفَاءٍ ، فأشْبَهَ الرَّهْنَ ، وإن مَاتَ الكَفِيلُ الثانى[19] بَرِئَ وَحْدَه .

١٢٤/٤ظ

فصل : وإن ضَمِنَ المَضْمُونُ عنه الضَّامِنَ ، أو تَكَفَّلَ المَكْفُولُ عنه الكَفِيلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يَقْتَضِى إلْزَامَهُ الحَقَّ فى ذِمَّتِه ، والحَقُّ لَازِمٌ له ، فلا يُتَصَوَّرُ إلْزَامُه[20] ثَانِيًا ، ولأنَّه أصْلٌ فى هذا الدَّيْنِ ، فلا يجوزُ أن يَصِيرَ فَرْعًا فيه . وإن ضَمِنَ عنه دَيْنًا آخَرَ ، أو كَفَلَ به فى حَقٍّ آخَرَ ، جازَ ؛ لِعَدَمِ ما ذَكَرْنَاهُ فيه .

فصل : ويجوزُ أن يَضْمَنَ الحَقَّ عن الرَّجُلِ الواحِدِ اثْنَانِ وأكْثَرُ ، سواءٌ ضَمِنَ كُلُّ واحِدٍ منهم جَمِيعَه أو جُزْءًا منه ، فإن ضَمِنَ كُلُّ واحِدٍ منهم جَمِيعَه ، بَرِئَ كُلُّ واحِدٍ منهم بأدَاءِ أحَدِهم ، وإن أبْرَأَ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَ الجَمِيعُ ؛ لأنَّهم فُرُوعٌ له . [21]وإن أُبْرِئَ أَحَدُ الضُّمَّانِ ، بَرِئَ وَحْدَه ، ولم يَبْرَأْ غيرُه ؛ لأنَّهم غيرُ فُرُوعٍ له[21] ، فلم يَبْرَءُوا بِبَرَاءَتِه ، كالمَضْمُونِ عنه . وإن ضَمِنَ أحَدُهم صَاحِبَه لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ فى ذِمَّتِه بِضَمَانِه الأَصْلِىِّ ، فلا يجوزُ أن يَثْبُتَ ثَانِيًا ، ولأنَّه أصْلٌ فيه بالضَّمَانِ ، فلا يجوزُ أن يَصِيرَ فيه فَرْعًا . ولو تَكَفَّلَ بالرَّجُلِ الواحِدِ رَجلانِ ، جازَ . ويجوزُ أن يَتَكَفَّلَ كُلُّ واحِدٍ من

---

(١٨) فى م : « يرجع » .

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) فى الأصل : « التزامه » .

(٢١ – ٢١) سقط من : ب .

الكَفِيلَيْنِ صَاحِبَهُ ؛ لأنَّ الكَفَالَةَ ببَدَنِه ، لا بما فى ذِمَّتِه . وأىُّ الكَفِيلَيْنِ أحْضَرَ المَكْفُولَ به بَرِئَ وبَرِئَ صَاحِبُه من الكَفَالَةِ ؛ لأنَّه فَرْعُه ، ولم يَبْرَأْ من إحْضَارِ المَكْفُولِ به ؛ لأنَّه أصْلٌ فى ذلك . وإن كَفَلَ المَكْفُولُ به[22] الكَفِيلَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه أصْلٌ له فى الكَفَالَةِ ، فلم يَجُزْ أن يَصِيرَ فَرْعًا له فيما كَفَلَ به . وإن كَفَلَ به فى غيرِ هذا الحَقِّ ، جَازَ ؛ لأنَّه ليس بِفَرْعٍ له فى ذلك .

٨٢٤ – مسألة ؛ قال : (فَمَتَى أَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَ لَهُ : اضْمَنْ عَنِّى ، أَوْ لَمْ يَقُلْ)

يعنى إذا أَدَّى الدَّيْن مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ على المَضْمُونِ عنه ، فأمَّا إن قَضَى الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا به ، غيرَ ناوٍ لِلرُّجُوعِ به ، فلا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه تَطَوَّعَ[1] بذلك ، أشْبَهَ الصَّدَقَةَ . وسواءٌ ضَمِنَ بأَمْرِه أو بغير أَمْرِه ، فأمَّا إذا أدَّاهُ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ به ، لم يَخْلُ من أرْبَعَةِ أحْوَالٍ : أحدها ، أن يَضْمَنَ بأَمْرِ المَضْمُونِ عنه ، ويُؤَدِّىَ بأَمْرِه ، فإنَّه يَرْجِعُ عليه ، سواءٌ قال له : اضْمَنْ عَنِّى . أو : أَدِّ عَنِّى . أو أطْلَقَ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : إن قال : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . رَجَعَ /عليه . وإن قال : انْقُدْ هذا . لم يَرْجِعْ ، إلَّا أن يكونَ مُخَالِطًا له ، يَسْتَقْرِضُ منه ، ويُودِعُ عنده ؛ لأنَّ قوله : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . إقْرَارٌ منه بالحَقِّ ، وإذا أطْلَقَ ذلك صَارَ كأنَّه قال : هَبْ لهذا ، أو تَطَوَّعْ عليه . وإذا كان مُخَالِطًا له رَجَعَ اسْتِحْسَانًا ؛ لأنَّه قد يَأْمُرُ مُخَالِطَهُ بالنَّقْدِ عنه . ولَنا ، أنَّه ضَمِنَ ودَفَعَ بأَمْرِه ، فأَشْبَهَ إذا كان مُخَالِطًا له ، أو قال : اضْمَنْ عَنِّى . وما ذَكَرَاهُ ليس بِصَحِيحٍ ؛ لأنَّه إذا أمَرَهُ بالضَّمَانِ لا يكونُ إلَّا لِما هو عليه ، وأَمْرُهُ بالنَّقْدِ بعدَ ذلك يَنْصَرِفُ إلى ما ضَمِنَهُ ، بِدَلِيلِ المُخَالِطِ له ، فيَجِبُ عليه أدَاءُ ما أدَّى عنه ، كما لو صَرَّحَ به . الحالُ الثانى ، ضَمِنَ بأَمْرِهِ ، وقَضَى بغير أَمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضا . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ فى أَحَدِ الوُجُوهِ عنه . والوجهُ الثانى : لا

١٢٥/٤ و

---

(٢٢) سقط من : م .

(١) فى ا ، م : « يتطوع » .

يَرْجِعُ[٢] ؛ لأنَّه دَفَعَ بغيرِ أمْرِه ، أشْبَهَ ما لو تَبرَّعَ به . الثالثُ ، أنَّه إن تَعذَّرَ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فدفعَ ما عليه ، رَجَعَ ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه تَبرَّعَ بالدَّفْعِ . ولَنا ، أنَّه إذا أَذِنَ فى الضَّمَانِ ، تَضَمَّنَ ذلك إذْنَه فى الأَدَاءِ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يُوجِبُ عليه الأَدَاءَ ، فيَرْجِعُ[٣] عليه ، كما لو أَذِنَ فى الأَدَاءِ صَرِيحًا . الحالُ الثالث ، ضَمِنَ بغيرِ أمْرِه ، وقَضَى بأَمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضا . وظَاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ أنَّه لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ[٤] أمْرَهُ بالقَضاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَبَ بِضَمَانِه . (٥ولَنا : أنَّه أدَّى دَيْنَه بأَمْرِهِ ، فرَجَعَ عليه ، كما لو لم يكُنْ ضَامِنًا ، أو كما لو ضَمِنَ بأَمْرِه . وقولُهم : إنَّ إذْنَه فى القَضَاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَبَ بِضَمَانِه٥) . قُلْنا : الوَاجِبُ[٦] بِضَمَانِه إنَّما هو أداءُ دَيْنِه ، وليس هو شَيْئًا آخَرَ ، فمتى أدَّاهُ عنه بإذْنِه لَزِمَهُ إعْطَاؤُه بَدَلَهُ . الحالُ الرابع ، ضَمِنَ بغير أمْرِه ، وقَضَى بغير أمْرِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ بما أدَّى . وهو قولُ مالكٍ ، وعبدِ اللهِ بن الحسنِ ، وإسْحاقَ . والثانية ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عَلِىٍّ وأبى قَتَادَةَ[٧] ، فإنَّهما لو كانا يَسْتَحِقَّانِ الرُّجُوعَ على المَيِّتِ ، صارَ الدَّيْنُ لهما ، فكانت ذِمَّةُ المَيِّتِ مَشْغُولَةً بِدَيْنِهما ، كاشْتِغالِها بِدَيْنِ المَضْمُونِ عنه ، ولم يُصَلِّ عليه النَّبِىُّ ﷺ ، / ولأنَّه تَبرَّعَ بذلك ، أشْبَهَ ما لو عَلَفَ دَوَابَّهُ وأطْعَمَ عَبِيدَه بغيرِ أمْرِهِ . ووَجْهُ الأُولَى ، أنَّه قَضاءٌ مُبْرِئٌ من دَيْنٍ واجِبٍ ، فكان مِن ضَمانِ مَن هو عليه ، كالحَاكِمِ إذا قَضَاهُ عنه عندَ امْتِنَاعِه . فأمَّا عَلِىٌّ وأبو قَتَادَةَ ، فإنَّهما تَبرَّعَا بالقَضَاءِ والضَّمَانِ ، فإنَّهما قَضَيَا دَيْنَه قَصْدًا لتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ، لِيُصَلِّىَ عليه رسولُ اللهِ ﷺ ، مع عِلْمِهما بأنَّه لم يَتْرُكْ

٤/١٢٥ظ

---

(٢) فى م زيادة : « به » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٤) فى النسخ : « لأنه » .

(٥ - ٥) سقط من : ب .

(٦) فى الأصل : « والواجب » .

(٧) تقدما فى صفحة ٧١ ، ٨٤ .

وَفَاءً ، والمُتَبَرِّ عُ لا يَرْجِعُ بشيءٍ ، وإنما الخِلَافُ فى المُحْتَسِبِ بالرُّجُوعِ .

فصل : ويَرْجِعُ الضَّامِنُ على المَضْمُونِ عنه بأقَلِّ الأَمْرَيْنِ ممَّا قَضَى أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه إن كان الأَقَلَّ الدَّيْنَ ، فالزَّائِدُ لم يكُنْ وَاجِبًا ، فهو مُتَبَرِّ عٌ بأدَائِه ، وإن كان المَقْضِىُّ أقَلَّ ، فإنَّما يَرْجِعُ بما غَرِمَ ، ولهذا لو أبْرَأَهُ غَرِيمُه لم يَرْجِعْ بشىءٍ . وإن[8] دَفَعَ عن الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَعَ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ لذلك . وإن قَضَى المُؤَجَّلَ قبلَ أجَلِه ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّه لا يَجِبُ له أكْثَرُ ممَّا كان لِلْغَرِيمِ . فإن أحَالَهُ ، كانت الحَوَالَةُ بمَنْزِلَةِ تَقْبِيضِه ، ويَرْجِعُ بالأَقَلِّ ممَّا أحَالَ به أو قَدْرِ الدَّيْنِ ، سواءٌ قَبَضَ الغَرِيمُ مِن المُحَالِ عليه أو أبْرَأَهُ ، أو تَعَذَّرَ عليه الاسْتِيفَاءُ ، لِفَلَسٍ أو مَطْلٍ ؛ لأنَّ نَفْسَ الحَوَالَةِ كالإقْبَاضِ .

فصل : ولو كان على رَجُلَيْنِ مائةٌ ، على كلِّ واحِدٍ[9] منهما نِصْفُها ، وكلُّ واحِدٍ ضَامِنٌ عن صَاحِبِه[10] ما عليه[10] ، فضَمِنَ آخَرُ عن أحَدِهما المائةَ بأمْرِه وقَضَاهَا ، سَقَطَ الحَقُّ عن الجَمِيعِ ، وله الرُّجُوعُ بها على الذى ضَمِنَ عنه ، ولم يكُنْ له أن يَرْجِعَ على الآخَرِ بشيءٍ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ عنه ، ولا أُذِنَ له فى القَضاءِ ، فإذا رَجَعَ على الذى ضَمِنَ عنه ، رَجَعَ على الآخَرِ بنِصْفِها ، إن كان ضَمِنَ عنه بإذْنِه ؛ لأنَّه ضَمِنَهَا عنه بإذْنِه ، وقَضَاهَا ضَامِنُه . والرِّوَايَةُ الثانية ، له الرُّجُوعُ على الآخَرِ بالمائةِ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ له على من أدَّاهَا عنه ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ بها عليه كالأَصِيلِ[11] .

فصل : إذا ضَمِنَ عن رَجُلٍ بأمْرِه[12] ، فطُولِبَ الضَّامِنُ ، فله مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنه بتَخْلِيصِه ؛ لأنَّه لَزِمَهُ الأَدَاءُ عنه بأمْرِه ، فكانت له المُطَالَبَةُ بتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه . وإن لم يُطَالَبِ الضَّامِنُ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ / المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لمَّا لم يكُنْ له الرُّجُوعُ بالدَّيْنِ ١٢٦/٤ و

---

(٨) فى الأصل : « ولو » .

(٩) سقط من : ا ، م .

(١٠ – ١٠) سقط من : م .

(١١) فى م : « كالأصل » .

(١٢) فى م : « بإذنه » .

قبلَ غَرَامَته ، لم يكُنْ له المُطَالَبَةُ به[13] قبلَ طَلَبه منه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ له المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّته بإذْنِه ، فكانت له المُطَالَبَةُ بتَفْرِيغِها ، كما لو استَعَارَ عَبْدًا فرهَنَه ، كان لِسَيِّده[14] مُطَالَبَتُه بفكَاكِه وتَفْرِيغِه من الرَّهْنِ . والأوَّلُ أوْلَى . ويُفَارِقُ الضَّمَانُ العَارِيَّةَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يَتضَرَّرُ بتَعْوِيقِ مَنَافِع عَبْدِه المُسْتَعَار ، فمَلَكَ المُطَالَبَةَ بما يُزِيلُ الضَّرَرَ عنه ، والضَّامِنُ لا يَتَطَلُ بالضَّمَانِ شيءٌ من مَنَافِعِه . فأمَّا إن ضَمِنَ عنه بغير أمْرِه ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأداءِ بحالٍ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له يُطَالِبُ به ، ولا شَغَلَ ذِمَّتَهُ بأمْرِه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِيَّ . وقيل : إنَّ هذا يَنْبَنِى على الرِّوَايَتَيْنِ فى رُجُوعِه على المَضْمُونِ عنه بما أدَّى عنه ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا مُطَالَبَةَ له بحَالٍ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فحُكْمُه حُكْمُ مَن ضَمِنَ عنه بأمْرِه ، على ما مَضَى مِن[15] تَفْصِيلِه .

فصل : فإن ضَمِنَ الضَّامِنَ ضَامِنٌ آخَرُ ، فقَضَى أحَدُهم الدَّيْنَ ، بَرِئُوا جَمِيعًا . فإن قَضَاهُ المَضْمُونُ عنه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن قَضَاهُ الضَّامِنُ الأوَّلُ رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ عنه . وإن قَضَاهُ الثانى رَجَعَ على الأوَّلِ ، ثم رَجَعَ الأوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلُّ واحِدٍ منهما قد أذِنَ لصاحِبه ، فإن لم يكُنْ أذِنَ له ، ففى الرُّجُوعِ رِوَايَتانِ . وإن أذِنَ الأوَّلُ لِلثّانى ، ولم يَأْذَنِ المَضْمُونُ عنه ، أو أذِنَ المَضْمُونُ عنه لِضَامِنِه ، ولم يَأْذَن الضَّامِنُ لِضَامِنِه ، رَجَعَ المأْذُونُ له على مَن أذِنَ له ، ولم يَرْجِع الآخَرُ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فإن أذِنَ المَضْمُونُ عنه لِلضَّامِنِ الثانى فى الضَّمَانِ ، ولم يَأْذَنْ له الضَّامِنُ الأوَّلُ ، رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه ، ولم يَرْجِعْ على الضَّامِنِ ؛ لأنَّه إنَّما رجَع[16] على مَن أذِنَ له دُونَ غيرِه .

فصل : إذا كان له ألْفٌ على رَجُلَيْنِ ، على كلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُهُ ، وكلُّ واحِدٍ منهما

---

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى ا ، م : « للسيد » .

(15) سقط من : م .

(16) فى ب ، م : « يرجع » .

ضَامِنٌ عن صَاحِبِه ، فأَبْرَأَ الغَرِيمُ أحَدَهما من الأَلْفِ ، بَرِئَ منه ، وبَرِئَ صَاحِبُه من ضَمَانِه ، وبَقِىَ عليه خَمْسُمائة . (١٧وإن قَضَاهُ أحَدُهُما خَمْسَمائة١٧) ، أو أَبْرَأَهُ الغَرِيمُ منها ، وعَيَّنَ القَضَاءَ بِلَفْظِه أو بِبَيِّنَةٍ عن الأَصْلِ والضَّمَانِ /، انْصَرَفَ إليه . وإن أَطْلَقَ، احْتَمَلَ أنَّ له صَرْفَها إلى ما شَاءَ منهما ، (١٨كمَن أَخْرَجَ زَكَاةَ نِصَابٍ وله نِصَابَانِ غَائِبٌ وحَاضِرٌ ، كان له صَرْفُها إلى ما شَاءَ منهما١٨) . واحْتَمَلَ أن يكونَ نِصْفُها عن الأَصْلِ ، ونِصْفُها عن الضَّمَانِ ؛ لأَنَّ إطْلَاقَ القَضَاءِ والإِبْرَاءِ يَنْصَرِفُ إلى جُمْلَةِ ما فى ذِمَّتِه ، فيكونُ منهما[١٩] ، والمُعْتَبَرُ فى القَضَاءِ لَفْظُ القاضِى ونِيَّتُه ، وفى الإِبْرَاءِ لَفْظُ المُبْرِئ ونِيَّتُهُ ، ومتى اخْتَلَفُوا فى ذلك ، فالقولُ قولُ مَن المُعْتَبَرُ لَفْظُه ونِيَّتُه .

١٢٦/٤ظ

فصل : ولو ادَّعَى أَلْفًا على حَاضِرٍ وغَائِبٍ ، وأَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما ضَامِنٌ عن صَاحِبِه ، فاعْتَرَفَ الحَاضِرُ بذلك ، فله أَخْذُ الأَلْفِ منه ، فإذا قَدِمَ الغَائِبُ فَاعْتَرَفَ ، رَجَعَ عليه صَاحِبُه بِنِصْفِه ، وإن أَنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، وإن أَنْكَرَ الحاضِرُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإن قَامَتْ عليه بَيِّنَةٌ فَاسْتَوْفَى الأَلْفَ منه ، لم يَرْجِعْ على الغَائِبِ بشىءٍ ؛ لأنَّه بإنْكارِهِ مُعْتَرِفٌ أنَّه لا حَقَّ له عليه ، وإنما المُدَّعِى ظَلَمَهُ . وإن اعْتَرَفَ الغَائِبُ وعَادَ الحَاضِرُ عن إنْكَارِهِ ، فله أن يَسْتَوْفِىَ منه ؛ لأنَّه يَدَّعِى عليه حَقًّا يَعْتَرِفُ له به ، فكان له أَخْذُه منه . وإن لم يَقُمْ على الحَاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ وبَرِئَ ، فإذا قَدِمَ الغائِبُ فأَنْكَرَ أيضا وحَلَفَ ، بَرِئَ ، وإن اعْتَرَفَ ، لَزِمَهُ دَفْعُ الأَلْفِ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِىِّ : لا يَلْزَمُه إلَّا خَمْسُ المائةِ الأَصْلِيَّةِ دون المَضْمُونَةِ ؛ لأنَّها سَقَطَتْ عن المَضْمُونِ عنه بِيَمِينِه، فتَسْقُطُ عن ضَامِنِه . ولَنا، أنَّه مُعْتَرِفٌ[٢٠] بها وغَرِيمُه يَدَّعِيهَا،

(١٧ – ١٧) سقط من : ب .

(١٨ – ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى ب ، م : « بينهما » .

(٢٠) فى م : « يعترف » .

واليَمِينُ إنَّما أَسْقَطَتِ المُطَالَبَةَ عنه فى الظَّاهِرِ ، ولم تُسْقِطْ عنه الحقَّ الذى فى ذِمَّتِه ، ولهذا لو قَامَتْ عليه بَيِّنَةٌ بعدَ يَمِينِه ، لَزِمَهُ ، ولَزِمَ الضَّامِنَ .

فصل : وإذا ادَّعَى الضَّامِنُ أنَّه قَضَى الدَّيْنَ ، فأَنْكَرَ المَضْمُونُ له ، ولا بَيِّنَةَ له ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه ادَّعَى تَسْلِيمَ المالِ إلى مَن لم يَأْمَنْهُ عليه[٢١] ، فكان القولُ قولَ المُنْكِرِ ، وله مُطَالَبَةُ مَن شاءَ منهما ، فإن رَجَعَ على المَضْمُونِ عنه ، فهل يَرْجِعُ الضَّامِنُ بما قَضَاهُ عنه ؟ نَظَرْنَا ؛ فإن لم يَعْتَرِفْ له بالقَضاءِ ، لم يَرْجِعْ عليه ، وإن اعْتَرَفَ له بالقَضَاءِ ، وكان قد قَضَى بغير بَيِّنَةٍ فى غَيْبَةِ المَضْمُونِ عنه ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، سواءٌ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ عنه أو كَذَّبَهُ ؛ لأنَّه أَذِنَ له فى قَضَاءٍ مُبْرِئٍ ولم يُوجَدْ ، وإن قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ ، ثَبَتَ بها الحَقُّ ، لكن إن[٢٢] كانت مَيْتَةً أو غَائِبَةً فَلِلضَّامِنِ / الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ له[٢٣] ؛ لأنه مُعْتَرِفٌ[٢٤] أنه ما قَصَّرَ ولا فَرَّطَ . وإن قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بأَمْرٍ ظَاهِرٍ ، كالكُفْرِ والفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لم يَرْجِع الضَّامِنُ لِتَفْرِيطِه ؛ لأنَّ هذه البَيِّنَةَ كَعَدَمِهَا . وإن رُدَّتْ بِأَمْرٍ خَفِيٍّ ، كالفِسْقِ البَاطِنِ ، أو كانت الشَّهَادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ، مثل أن أَشْهَدَ عَبْدَيْنِ ، أو شَاهِدًا واحِدًا ، فَرُدَّتْ لذلك ، أو كان مَيْتًا أو غَائِبًا ، احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّه قَضَى بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، والجَرْحُ والتَّعْدِيلُ ليس إليه . واحْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ ؛ لأنَّه أَشْهَدَ مَن لا يَثْبُتُ الحَقُّ بِشَهَادَتِه . وإن قَضَى بغير بَيِّنَةٍ بِحَضْرَةِ[٢٥] المَضْمُونِ عنه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَرْجِعُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه إذا كان حَاضِرًا كان الاحْتِياطُ إليه ، فإذا تَرَكَ التَّحَفُّظ وهو حَاضِرٌ ، فهو المُفَرِّطُ دونَ الضَّامِنِ . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه قَضَى قَضاءً لا يُبْرِئُ ، فأَشْبَهَ ما لو قَضَى فى غَيْبَتِه . فأمَّا إن رَجَعَ[٢٦]

١٢٧/٤و

---

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٣) فى م : « عنه » .

(٢٤) فى م : « يعترف » .

(٢٥) فى ا : « بحضور » .

(٢٦) فى الأصل ، ب : « يرجع » .

المَضْمُونَ له على الضَّامِنِ، فاسْتَوْفَى منه مَرَّةً ثانيةً، رَجَعَ على[27] المَضْمُونِ عنه بما قَضاهُ ثانيا ؛ لأنَّه أبْرَأَ به ذِمَّتَهُ ظَاهِرًا . قال القاضِي : ويَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجُوعَ بما قَضَاهُ أوَّلًا دونَ الثانى ؛ لأنَّ البَراءَةَ حَصَلَتْ به فى البَاطِنِ . ولأصحاب الشَّافِعِىِّ كهذَيْنِ الوَجْهَيْنِ وَجْهٌ ثالثٌ ، أنَّه لا يَرْجِعُ بشىءٍ بحالٍ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما أبْرَأَهُ ظَاهِرًا ، والثانىَ ما أبْرَأَهُ بَاطِنًا . ولَنا ، أنَّ الضَّامِنَ أدَّى عن المَضْمُونِ عنه[28] بإذْنِه إذا أبْرَأَهُ ظَاهِرًا وبَاطِنًا فرَجَعَ به ، كما لو قَامَتْ به البَيِّنَةُ . والوَجْهُ الأوَّلُ أرْجَحُ ؛ لأنَّ القَضاءَ المُبْرِئَ فى الباطِنِ ما أوْجَبَ الرُّجُوعَ ، فيَجِبُ أن يَجِبَ بالباقِى المُبْرِئِ فى الظَّاهِرِ . وإن اعْتَرَفَ المَضْمُونُ له بالقَضَاءِ ، وأنْكَرَ المَضْمُونُ عنه ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكَارِهِ ؛ لأنَّ ما فى ذِمَّتِه حَقٌّ لِلمَضْمُونِ[29] له ، فإذا اعْتَرَفَ بالقَبْضِ من الضَّامِنِ ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الذى له صَارَ لِلضَّامِنِ ، فيَجِبُ أن يُقْبَلَ إقْرَارُهُ ، لكَوْنِه إقْرَارًا فى حَقِّ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ الضَّامِنَ مُدَّعٍ لما يَسْتَحِقُّ به الرُّجُوعَ على المَضْمُونِ عنه ، فقولُ المَضْمُونِ له شَهَادَةٌ على فِعْلِ نَفْسِه ، فلا يُقْبَلُ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ، وشَهادَةُ الإنْسَانِ على فِعْلِ نَفْسِه صَحِيحَةٌ ، كشَهَادَةِ المُرْضِعَةِ بالرَّضَاعِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بِخَبَرِ عُقْبَةَ بنِ الحارِثِ[30] .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانَ والكَفالةَ خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ جُعِلَ لِيُعْرَفَ ما فيه الحَظُّ ،

---

(27) سقط من : الأصل .

(28) سقط من : م .

(29) فى ا ، م : « المضمون » .

(30) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأتيت النبى ﷺ ، فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لى : إنى قد أرضعتكما . وهى كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمتْ أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٧٠ ، ٧ / ١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٩٣ . والدارمى ، فى : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٧ ، ٣٨٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب النكاح . المصنف ٧ / ٤٨١ ، ٤٨٢ .

٤/١٢٧ظ / والضَّمِينُ والكَفِيلُ دَخَلَا[٣١] على بَصِيرَةٍ أنَّه لاحَظَّ لهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَدْخُلْهُ خِيارٌ ، كالنَّذْرِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ عن أحَدٍ خِلافَهم . فإن شَرَطَ الخِيارَ فيهما ، فقال القاضي : عندى أنَّ الكَفالةَ تَبْطُلُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه شَرَطَ ما يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَفَسَدَتْ ، كما لو شَرَطَ أن لا يُؤَدِّيَ ما على المَكْفُولِ به ، وذلك لأنَّ مُقْتَضَى الضَّمانِ والكَفالةِ لُزُومُ ما ضَمِنَه أو كَفَلَ به ، والخِيارُ يُنَافِي ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ وتَصِحَّ الكَفَالَةُ ، كما قُلْنا فى الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ فى البَيْعِ . ولو أقَرَّ بأنَّه كَفَلَ[٣٢] بِشَرْطِ الخِيَارِ ، لَزِمَتْهُ الكَفالةُ ، وبَطَلَ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه وَصَلَ بإقْرارِهِ ما يُبْطِلُه ، فأشْبَهَ اسْتِثْناءَ الكُلِّ .

فصل : وإذا ضَمِنَ رجلانِ عن رجلٍ ألْفًا ، ضَمانَ اشْتِرَاكٍ[٣٣] فقالا : ضَمِنَّا لك الألْفَ الذى على زَيْدٍ. فكلُّ واحِدٍ منهما ضَامِنٌ لِنِصْفِه. وإن كانوا ثَلَاثَةً، فكلُّ واحِدٍ منهم[٣٤] ضَامِنٌ ثُلُثَهُ. فإن قال واحدٌ منهم[٣٤]: أنا وهـذان[٣٥] ضَامِنُونَ لك الألْفَ. فسَكَتَ الآخَرانِ ، فعليه ثُلُثُ الألْفِ ، ولا شىءَ عليهما . وإن قال كلُّ واحِدٍ منهم : كلُّ واحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لك الألْفَ . فهذا ضَمَانُ اشْتِرَاكٍ وانْفِرَادٍ ، وله مُطَالَبَةُ كلِّ واحِدٍ منهم بالألْفِ كلِّه إن شاءَ. وإن أدَّى أحَدُهم الألْفَ كلَّه، أو حِصَّتَهُ منه[٣٦] . لم يَرْجِعْ إلَّا على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم ضَامِنٌ أصْلِيٌّ ، وليس بِضَامِنٍ عن الضَّامِنِ الآخَرِ .

٨٢٥ ــ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ لَزِمَهُ مَا عَلَيْهَا إنْ لَمْ يُسَلِّمْهَا)

وجملَة ذلك أنَّ الكَفَالَةَ بالنَّفْسِ صَحِيحَةٌ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . هذا مذهبُ

---

(٣١) سقط من : ا ، م .
(٣٢) فى الأصل : « كفيل » .
(٣٣) فى ا ، م : « اشتراط » .
(٣٤) سقط من : الأصل ، ب .
(٣٥) فى م : « وهذا » .
(٣٦) سقط من : م .

شُرَيْحٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، واللَّيْثِ ، وأبى حنيفةَ . وقال الشَّافِعِىُّ فى بعض أَقْوَالِه : الكَفالةُ بالبَدَنِ ضَعِيفَةٌ . واخْتَلَفَ أصْحابُه ، فمنهم مَن قال : هى صَحِيحَةٌ قَوْلًا واحِدًا . وإنَّما أرادَ أنَّها ضَعِيفَةٌ فى القِيَاسِ ، وإن كانت ثَابِتَةً بالإِجْمَاعِ والأَثَرِ . ومنهم مَن قال : فيها قَوْلَانِ ؛ أحدُهما ، أنَّها غيرُ صَحِيحَةٍ ؛ لأنَّها كَفَالَةٌ بِعَيْنٍ ، فلم تَصِحَّ ، كالكَفَالَةِ بالوَجْهِ وبَدَنِ الشَّاهِدين . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾[1] . ولأنَّ ما وَجَبَ تَسْلِيمُه بعَقْدٍ وَجَبَ تَسْلِيمُه بعَقْدِ الكَفالةِ ، كالمالِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه / متى تَعَذَّرَ على الكَفِيلِ إحْضَارُ المَكْفُولِ به مع حَيَاتِه ، أو امْتَنَعَ من إحْضَارِه ، لَزِمَهُ ما عليه . وقال أكْثَرُهم : لا يَغْرَمُ . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »[2] . ولأنَّها أحَدُ نَوْعَيِ الكَفالةِ ، فوَجَبَ بها الغُرْمُ ، كالكَفالةِ بالمالِ .

٤/١٢٨و

فصل : وإذا قال : أنا كَفِيلٌ بفُلَانٍ ، أو بنَفْسِه ، أو ببَدَنِه ، [3]أو بوَجْهِه ، كان كَفِيلًا به . وإن كَفَلَ برأْسِه أو كَبِدِه[3] ، أو جُزْءٍ لا تَبْقَى الحَيَاةُ بدُونِه ، أو بجُزْءٍ شَائِعٍ منه ، كثُلُثِه أو رُبُعِه ، صَحَّتِ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضَارُ ذلك إلَّا بإحْضَارِه كلِّه . وإن تَكَفَّلَ بعُضْوٍ تَبْقَى الحَيَاةُ بعدَ زَوَالِه ، كَيدِه ورِجْلِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ الكَفَالَةُ . وهو قولُ أبى الخَطَّابِ ، وأحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضَارُ هذه الأعْضَاءِ على صِفَتِها إلَّا بإحْضَارِ البَدَنِ كلِّه ، فأشْبَه الكَفَالَةَ بوَجْهِه ورَأْسِه ، ولأنَّه حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بالجُمْلَةِ فيَثْبُتُ حُكْمُه إذا أُضِيفَ إلى البعضِ ، كالطَّلاقِ والعَتَاقِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ إحْضَارُهُ بدون الجُمْلَةِ مع بَقَائِها . وقال القاضى : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ ببعضِ البَدَنِ ، ولا تَصِحُّ إلَّا فى جَمِيعِه ؛ لأنَّ ما لا يَسْرِى لا يَصِحُّ إذا خُصَّ به عُضْوٌ ، كالبَيْعِ والإِجَارَةِ .

---

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٧١ .

(٣-٣) سقط من : ا .

فصل : وتَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ كلِّ مَن يَلْزَمُ حُضُورُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ بِدَيْنٍ لَازِمٍ ، سواءٌ كان الدَّيْنُ مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ[٤] : لا تَصِحُّ بمَن عليه دَيْنٌ مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ إحْضارُ المَكْفُولِ به ، فيَلْزَمُه الدَّيْنُ ، ولا يُمْكِنُ طَلَبُه منه لِجَهْلِه . ولَنا ، أنَّ الكَفَالَةَ بالبَدَنِ لا بالدَّيْنِ ، والبَدَنُ مَعْلُومٌ ، فلا تَبْطُلُ الكَفَالَةُ لِاحْتِمالِ عَارِضٍ ، ولأنَّا قد تَبَيَّنَّا أنَّ ضِمانَ المَجْهُولِ يَصِحُّ ، وهو الْتِزَامُ المالِ ابْتِدَاءً ، فالكَفَالَةُ التى لا تَتَعَلَّقُ بالمالِ ابْتِدَاءً أَوْلَى[٥] . وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ؛ لأنَّهما قد يَجِبُ إحْضارُهما مَجْلِسَ الحُكْمِ لِلشَّهَادَةِ عليهما بالإتْلَافِ ، وإِذْنُ[٦] وَلِيِّهما يَقُومُ مَقامَ إِذْنِهما . وتَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ المَحْبُوسِ والغَائِبِ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ كلَّ وَثِيقةٍ صَحَّتْ مع الحُضُورِ صَحَّتْ مع الغَيْبَةِ والحَبْسِ ؛ كالرَّهْنِ والضَّمانِ ، ولأنَّ الحَبْسَ لا يَمْنَعُ من التَّسْلِيمِ ، لكَوْنِ المَحْبُوسِ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه بأَمْرِ الحاكِمِ ، أو أَمْرِ من حَبَسَهُ ، ثم يُعِيدُه إلى الحَبْسِ بالحَقَّيْنِ جَمِيعًا ، والغائِبُ يَمْضِى إليه فيُحْضِرُهُ إن كانت الغَيْبَةُ غيرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وهو أن يَعْلَمَ خَبَرَهُ ، / وإن لم يَعْلَمْ خَبَرَهُ ، لَزِمَهُ ما عليه : قالَه القاضى . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : لا يَلْزَمُه ما عليه حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ يُمْكِنُه الرَّدُّ فيها ، فلا يَفْعَلُ . ١٢٨/٤ظ

فصل : ولا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ مَن عليه حَدٌّ ، سواءٌ كان حَقًّا للهِ تعالى ، كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، أو لآدَمِىٍّ ، كحَدِّ القَذْفِ والقِصَاصِ . وهذا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ منهم شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ . وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ فى حُدُودِ اللهِ تعالى ، واخْتَلَفَ قولُه فى حُدُودِ الآدَمِىِّ ، فقال فى مَوْضِعٍ : لا كَفَالَةَ فى حُدُودِ[٧] الآدَمِىِّ[٨] ولا لِعَانَ . وقال فى مَوْضِعٍ : تَجُوزُ الكَفَالَةُ بمَن عليه حَقٌّ أو

---

(٤) فى م : « أصحاب الشافعى » .

(٥) من هنا إلى آخر قوله : « إذنهما » الآتى سقط من : الأصل .

(٦) فى ب : « فإذن » .

(٧) سقط من : الأصل ، ا . وفى ب : « حد » .

(٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

حَدٌّ ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٍّ ، فَصَحَّتِ الكَفَالَةُ به ، كسَائِرِ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا كَفَالَةَ فى حَدٍّ »[9] . ولأنَّه حَدٌّ ، فلم تَصِحَّ الكَفالَةُ فيه كحُدُودِ اللهِ تعالى ، ولأنَّ الكَفالَةَ اسْتِيثاقٌ ، والحُدُودُ مَبْناها على الإسْقاطِ والدَّرْءِ بالشُّبُهاتِ ، فلا يَدْخُلُ فيها الاسْتِيثاقُ ، ولأنَّه حَقٌّ لا يَجوزُ اسْتِيفاؤُه من الكَفِيلِ إذا تَعذَّرَ عليه إحْضَارُ المَكْفُولِ به ، فلم تَصِحّ الكَفَالَةُ بمَن هو عليه ، كَحَدِّ الزِّنَى .

فصل : ولا تجوزُ الكَفالَةُ بالمُكاتَبِ من أَجْلِ دَيْنِ الكِتابةِ ؛ لأنَّ الحُضُورَ لا يَلْزَمُه . فلا تجوزُ الكَفالَةُ به ، كدَيْنِ الكِتابةِ .

فصل : وتَصِحُّ الكَفالَةُ حَالَّةً ومُؤَجَّلَةً ، كما يَصِحُّ الضَّمانُ حَالًّا ومُؤَجَّلًا ، وإذا أطْلَقَ كانت حَالَّةً ؛ لأنَّ كلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُه الحُلُولُ اقْتَضَى إطْلَاقُه الحُلُولَ ، كالثَّمَنِ والضَّمَانِ ، فإذا تَكَفَّلَ حَالًّا كان له مُطَالَبَتُه بإحْضَارِه ، فإن أحْضَرَه وهناك يَدٌ حَائِلَةٌ ظَالِمَةٌ لم يَبْرَأْ منه ، ولم يَلْزَمِ المَكْفُولَ له تَسَلُّمُهُ[10] ؛ لأنَّه لا يَحْصُلُ له غَرَضُه . وإن لم يكُنْ يَدٌ حائِلَةٌ ، لَزِمَهُ قَبُولُه ، فإن قَبِلَهُ بَرِئَ من الكَفَالَةِ . وقال ابنُ أبى موسى : لا يَبْرَأُ حتى يقولَ : قد بَرِئْتُ إليك منه . أو قد سَلَّمْتُه إليك . أو قد أخْرَجْتُ نَفْسِى من كَفَالَتِه . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على عَمَلٍ ، فبَرِئَ منه بالعَمَلِ المَعْقُودِ عليه ، كالإجَارَةِ . فإن امْتَنَعَ من تَسَلُّمِه بَرِئَ ؛ لأنَّه أحْضَرَ ما يَجِبُ تَسْلِيمُه [11]عندَ غَرِيمِه وطَلَبَ منه تَسَلُّمَهُ[11] على وَجْهٍ لا ضَرَرَ فى / قَبْضِه ، فبَرِئَ منه [12]كالمُسْلَمِ فيه[12] . وقال بعضُ أصْحَابِنا : إذا امْتَنَعَ من تَسَلُّمِه ، أشْهَدَ على امْتِنَاعِه رَجُلَيْنِ ، وبَرِئَ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما وَقَعَ

١٢٩/٤و

---

(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الكفالة ببدن من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٧ .

(١٠) فى ا : « تسليمه » .

(١١ - ١١) سقط من : ا .

(١٢ - ١٢) فى ا : « كما لو تسلم منه » .

العَقْدُ على فِعْله ، فبَرِئَ منـه . وقال القاضى : يَرْفَعُه إلى الحاكِمِ فيُسَلِّمُهُ إليه ؛ فإن لم يَجِدْ حاكِمًا أشْهَدَ شَاهِدَيْنِ على إحْضارِه وامْتِناعِ المَكْفُولِ له من قَبُولِه . والأَوَّل أصَحُّ ؛ فإنَّ مع وُجُودِ صَاحِبِ الحَقِّ لا يَلْزَمُه دَفْعُه إلى نَائِبِه ، كحاكِمٍ أو غيرِه . وإن كانت الكَفَالَةُ مُؤَجَّلَـةً ، لم يَلْزَمْـه[١٣] إحْضَارُه قبـلَ الأَجَلِ ، كالدَّيْـنِ المُؤَجَّـلِ ، فإذا حَلَّ الأجَـلُ فأَحْضَرَهُ وسَلَّمَهُ بَرِئَ . وإن كان غَائِبًا أو مُرْتَدًّا لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ، لم يُؤْخَذْ بالحَقِّ حتى يَمْضِىَ زَمَنٌ يُمْكِنُ المُضِىُّ إليه وإعَادَتُه . وقال ابن شُبْرُمَةَ : يُحْبَسُ فى الحالِ ؛ لأنَّ الحَقَّ قد تَوَجَّهَ عليه . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ يُعْتَبَرُ فى وُجُوبِ أدَائِه إمكانُ التَّسْلِيمِ . وإن كان حَالًّا كالدَّيْنِ ، فإذا مَضَتْ مُدَّةٌ يمكنُ إحْضَارُه فيها ولم يُحْضِرْه ، أو كانت الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ خَبَرُهُ ، أو امْتَنَعَ من إحْضَارِه مع إمْكَانِه ، أُخِذَ بما عليه . وقال أصحـابُ الشَّافِعِىِّ : إن كانت الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَكَانُه ، لم يُطَالَبِ الكَفِيلُ بإحْضَارِه ، ولم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، وإن امْتَنَعَ من إحْضَارِه مع إمْكَانِه حُبِسَ . وقد دَلَّلْنا على[١٤] وُجُوبِ الغُرْمِ فيما مَضَى . وإن أحْضَرَ المَكْفُولَ به قبلَ الأَجَلِ ، ولا ضَرَرَ فى تَسْلِيمِه ، لَزِمَهُ . وإن كان فيه ضَرَرٌ ، مثل أن تكونَ حُجَّةُ الغَرِيمِ غَائِبَةً ، أو لم يكُنْ يومَ مَجْلِسِ الحاكِمِ ، أو الدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ عليه لا يُمْكِنُ اقْتِضَاؤُه منه ، أو قد وَعَدَهُ بالإِنْظَارِ فى تلك المُدَّةِ ، لم يَلْزَمْهُ قَبُولُه ، كما نقولُ فى مَن دَفَعَ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ قبل حُلُولِه .

فصل : وإذا عَيَّنَ فى الكَفَالَةِ تَسْلِيمَهُ فى مكانٍ ، فأَحْضَرَهُ فى غيرِه ، لم يَبْرَأْ من الكَفَالَةِ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال القاضى : إن أحْضَرَهُ بمكانٍ آخَرَ من البَلَدِ وسَلَّمَهُ ، بَرِئَ من الكَفَالَةِ . وقال بعضُ أصْحَابِنا : متى أحْضَرَهُ فى أىِّ مكانٍ كان ، وفى ذلك المَوْضِعِ سُلْطَانٌ ، بَرِئَ من الكَفَالَةِ ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه الامْتِنَاعُ من مَجْلِسِ الحاكِمِ ، ويُمْكِنُ إثْبَاتُ الحُجَّةِ فيه . وقيل : إن كان عليه ضَرَرٌ فى إحْضَارِه بمكانٍ آخَرَ ، لم يَبْرَأِ الكَفِيلُ بإحْضَارِه فيه ، وإلَّا بَرِئَ ، كقَوْلِنا فيما إذا أحْضَرَهُ / قبل الأَجَلِ . ١٢٩/٤ظ

---

(١٣) فى ا ، ب ، م : « يلزم » .

(١٤) فى الأصل : « فى » .

ولأَصْحابِ الشَّافِعِيِّ اخْتِلَافٌ على نحوِ ما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ ما شَرَطَ تَسْلِيمَه فى مكانٍ فى غيرِه ، فلم يَبْرَأْ ، كما لو أحْضَرَ المُسَلَّمَ فيه فى غير هذا[15] المَوْضِعِ الذى شَرَطَهُ ، ولأنَّه قد سَلَّمَ[16] فى مَوْضِعٍ لا يَقْدِرُ على إثْبَاتِ الحُجَّةِ فيه ، لِغَيْبَةِ شُهُودِه ، أو غيرِ ذلك ، وقد يَهْرُبُ منه ، ولا يَقْدِرُ على إمْسَاكِه ، ويُفَارِقُ ما إذا أحْضَرَهُ قبلَ الأَجَلِ ، فإنَّه عَجَّلَ الحَقَّ قبلَ أجَلِه ، فَزادَه خَيْرًا ، فإذا لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ وَجَبَ قَبُولُه . وإن وَقَعَتِ الكَفَالَةُ مُطْلَقَةً ، وَجَبَ تَسْلِيمُه فى مكانِ العَقْدِ ، كالسَّلَمِ . فإن سَلَّمَهُ فى غيرِه ، فهو كتَسْلِيمِه فى غيرِ المكانِ الذى عَيَّنَهُ . وإن كان المَكْفُولُ به مَحْبُوسًا عند غيرِ الحاكِمِ ، لم يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُه[17] مَحْبُوسًا ؛ لأنَّ ذلك الحَبْسَ يَمْنَعُه اسْتِيفَاءَ حَقِّه . وإن كان مَحْبُوسًا عند الحاكِمِ ، فسَلَّمَهُ إليه مَحْبُوسًا لَزِمَهُ تَسْلِيمُه[18] ؛ لأنَّ حَبْسَ الحاكِمِ لا يَمْنَعُه اسْتِيفَاءَ حَقِّه . وإذا طَالَبَ الحاكِمُ بإحْضَارِه ، أحْضَرَهُ مَجْلِسَه ، وحَكَمَ بينهما ، ثم يَرُدُّه إلى الحَبْسِ . فإن تَوَجَّهَ عليه حَقٌّ لِلْمَكْفُولِ له ، حَبَسَهُ بالحَقِّ الأَوَّلِ وحَقِّ[19] المَكْفُولِ له[20] .

فصل : وإن كَفَلَ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ ، لم تَصِحَّ الكَفَالةُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ؛ لأنَّه ليس له وَقْتٌ يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَه فيه ، وهكذا الضَّمَانُ . وإن جَعَلَهُ إلى الحَصادِ والجِزَازِ والعَطَاءِ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ ، كالأَجَلِ فى البَيْعِ[21] . والأَوْلَى صِحَّتُها[22] هنا ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ من غير عِوَضٍ ، جَعَلَ له أجَلًا لا يَمْنَعُ من حُصُولِ المَقْصُودِ منه ، فصَحَّ ،

---

(١٥) سقط من : ا ، ب .
(١٦) فى ب : « تسلمه » .
(١٧) فى ب : « تسلمه » .
(١٨) فى الأصل : « تسلمه » .
(١٩) فى م : « أو حق » .
(٢٠) فى ب : « به » .
(٢١) فى الأصل : « المبيع » .
(٢٢) فى ب : « صحته » .

كالنَّذْرِ . وهكذا كلُّ مَجْهُولٍ لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الكَفَالَةِ . وقد رَوَى مُهَنَّا عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ كَفَلَ رَجُلًا[23] ، فقال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فما عليه عَلَيَّ . فقال : لا أَدْرِى ، ولكنْ إن قال : سَاعَةَ كذا . لَزِمَهُ . فنَصَّ على تَعْيِينِ السَّاعَةِ وتَوَقَّفَ عن[24] تَعْيِينِ الوَقْتِ ، ولعلَّه أرادَ وَقْتًا مُتَّسِعًا ، أو وَقْتَ شيءٍ يَحْدُثُ ، مثل وَقْتِ الحَصَادِ ونحوه . فأمَّا إن قال : وَقْتَ طُلُوعِ الشَّمْسِ ، ونحو ذلك ، صَحَّ . وإن قال : إلى الغَدِ أو إلى[25] شَهْرِ كذا . تعلَّق بأوَّلِه ، على ما ذَكَرْنَا فى السَّلَمِ .

فصل : وإذا تَكَفَّلَ بِرَجُلٍ إلى أجَلٍ ، إن جَاءَ به فيه ، وإلَّا لَزِمَهُ ما عليه ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ : وقال محمدُ بن الحَسَنِ والشَّافِعِيُّ : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ ، ولا يَلْزَمُه ما عليه ؛ / لأنَّ هـذا تَعْلِيقُ الضَّمَانِ بِخَطَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ بِقُدُومِ زَيْدٍ . ٤/١٣٠و ولَنا ، أنَّ هذا مُوجِبُ الكَفالةِ ومُقْتَضَاهَا ، فصَحَّ اشْتِرَاطُه ، كما لو قال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فلَكَ حَبْسِى . ومَبْنَى الخِلَافِ هـٰهُنا على الخِلَافِ فى أنَّ هذا مُقْتَضَى الكَفَالَةِ ، وقد دَلَّلْنَا عليه . وأمَّا إن قال : إن جِئْتُ به فى[26] وَقْتِ كذا ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، أو فأنا ضَامِنٌ لك مالَكَ على فُلَانٍ . أو قال : إذا جَاءَ زَيْدٌ فأنا ضَامِنٌ لك ما عليه . أو إذا قَدِمَ الحَاجُّ فأنا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ . أو قال : أنا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ شَهْرًا . فقال القاضى : لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ومُحمدِ بن الحَسَنِ ؛ لأنَّ ذلك خَطَرٌ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُ الضَّمَانِ والكَفَالَةِ به ، كمَجِيءِ المَطَرِ وهُبُوبِ الرِّيحِ ، ولأنَّه إثْبَاتُ حَقٍّ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا تَوْقِيتُه ، كالهِبَةِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : تَصِحُّ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ وأبى يوسفَ ؛ لأنَّه أضَافَ الضَّمانَ إلى سَبَبِ الوُجُودِ ، فيَجِبُ أن يَصِحَّ ، كضَمَانِ الدَّرَكِ . والأَوَّلُ

---

(٢٣) فى م زيادة : « آخر » .

(٢٤) فى الأصل : « على » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، م .

(٢٦) سقط من : م .

أَقْيَسُ . فإن قال : كَفَلْتُ بِفُلَانٍ إن جِئتُ به فى وَقْتِ كذا . وإلَّا فأنا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ ، أو ضَامِنُ المالِ الذى على فُلَانٍ . لم يَصِحّ فيهما عند القاضى ؛ لأنَّ الأَوَّلَ مُوَقَّتٌ ، والثانى مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ فيهما . فأمَّا إن قال : كَفَلْتُ بأَحَدِ هٰذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لم يَصِحَّ فى قولِهم جَمِيعًا ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ فى الحالِ ولا فى المآلِ .

فصل : فإن قال : كَفَلْتُ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، على أن يَبْرَأَ فُلَانٌ الكَفِيلُ . أو على أن تُبْرِئَهُ من الكَفَالَةِ ؛ لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرَطَ شَرْطًا لا يَلْزَمُ الوَفَاءُ به ، فيكون فَاسِدًا وتَفْسُدُ الكَفَالَةُ به . ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه شَرَطَ تَحْوِيلَ الوَثِيقَةِ التى على الكَفِيلِ إليه[27] . فعلى هذا لا تَلْزَمُه الكَفَالَةُ ، إلَّا أن يُبْرِئَ المَكْفُولُ له الكَفِيلَ الأَوَّلَ ؛ لأنَّه إنَّما كَفَلَ بهذا الشَّرْطِ ، فلا تَثْبُتُ كَفَالَتُه بدون شَرْطِه . وإن قال : كَفَلْتُ لك بهذا الغَرِيمِ ، على أن تُبْرِئَنِى من الكَفَالةِ بفلانٍ . أو ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ ، بِشَرْطِ أن تُبْرِئَنِى من ضَمَانِ الدَّيْنِ الآخرِ ، أو على أن تُبْرِئَنِى من الكَفَالَةِ بِفُلَانٍ. خُرِّجَ فيه الوَجْهانِ ، والأَوْلَى أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ فَسْخَ عَقْدٍ فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ بِشَرْطِ فَسْخِ بَيْعٍ آخَرَ . وكذلك لو شَرَطَ فى الكَفَالَةِ أو الضَّمَانِ أن يَتَكَفَّلَ المَكْفُولُ له / أو المَكْفُولُ به بآخَرَ ، أو يَضْمَنَ دَيْنًا عليه ، أو يَبِيعَهُ شيئا عَيَّنَهُ ، أو يُؤْجِرَه دَارَه ، لم يكُنْ[28] يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنَا .

٤/١٣٠ ظ

فصل : ولو تَكَفَّلَ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ ، صَحَّ . وأَيُّهم قَضَى الدَّيْنَ بَرِئَ الآخَرانِ[29] ؛ لما ذَكَرْنَا فى الضَّمَانِ . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَهُ ، بَرِئَ كَفِيلَاهُ ؛ لأنَّه أتَى بما يَلْزَمُ الكَفِيلَيْنِ لأَجْلِه[30] ، وهو إحْضَارُ نَفْسِه ، فبَرِئَتْ ذِمَّتُهما ، كما لو قَضَى الدَّيْنَ. وإن أحْضَرَ أحَدَ الكَفِيلَيْنِ ، لم يَبْرَأ الآخَرُ ؛ لأنَّ إحْدَى الوَثِيقَتَيْنِ انْحَلَّتْ من غيرِ اسْتِيفَاءٍ ، فلم تَنْحَلَّ الأُخْرَى ، كما لو أَبْرَأَ أحَدَهما ، أو انْفَكَّ أحَدُ الرَّهْنَيْنِ من غيرِ قَضَاءِ الحَقِّ .

---

(٢٧) فى ب : « به » .

(٢٨) سقط من : ا .

(٢٩) فى ا : « الآخر » .

(٣٠) سقط من : م .

وفارَقَ ما إذا سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَهُ ؛ لأنَّه أَصْلٌ لهما ، فإذا بَرِئَ الأَصْلُ ممَّا تَكَفَّلَ به عنه ، بَرِئَ فَرْعَاهُ ، وكل واحدٍ من الكَفِيلَيْنِ ليس بِفَرْعٍ للآخَرِ ، فلم يَبْرَأْ بِبَرَاءَتِه . ولذلك لو أَبْرَأَ[31] المَكْفُولَ به بَرِئَ[32] كَفِيلَاه . ولو أُبْرِئَ أحدُ الكَفِيلَيْنِ بَرِئَ وَحْدَه ، دُونَ صَاحِبِه .

فصل : ولو تَكَفَّلَ[33] واحدٌ لِاثْنَيْنِ ، فأَبْرَأَهُ أحدُهما ، أو أَحْضَرَهُ عندَ أحَدِهما ، لم يَبْرَأْ من الآخَرِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ بِمَنْزِلَةِ العَقْدَيْنِ ، فقد الْتَزَمَ إحْضَارَه عندَ كلِّ واحِدٍ منهما ، فإذا أَحْضَرَهُ عند أحَدِهما[34] ، بَرِئَ منه ، وبَقِيَ حَقُّ الآخَرِ[35] ، كما لو كان فى عَقْدَيْنِ ، وكما لو ضَمِنَ دَيْنًا لِرَجُلَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدُهما حَقَّهُ .

فصل : وتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الكَفالةِ إلى رِضَى الكَفِيلِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُهُ الحَقُّ ابْتِدَاءً إلَّا[36] بِرِضَاهُ ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَى المَكْفُولِ له ؛ لأنَّها وَثِيقَةٌ له لا قَبْضَ فيها ، فصَحَّتْ من غيرِ رِضَاهُ ، كالشَّهَادَةِ ، ولأنَّها الْتِزَامُ حَقٍّ له من غير عِوَضٍ ، فلم يُعْتَبَرْ رِضَاهُ فيها ، كالنَّذْرِ ، فأمَّا رِضَى المَكْفُولِ له ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُعْتَبَرُ ، كالضَّمانِ . والثانى ، يُعْتَبَرُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ مَقْصُودَها إحْضَارُه ، فإذا[37] تَكَفَّلَ بغيرِ إذْنِه ، لم يَلْزَمْهُ الحُضُورُ معه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لِنَفْسِه حَقًّا عليه ، وهو الحُضُورُ معه من غيرِ رِضَاهُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَلْزَمَهُ الدَّيْنَ ، وفَارَقَ الضَّمَانَ ، فإنَّ الضَّامِنَ يَقْضِى الحَقَّ ، ولا يَحْتَاجُ إلى المَضْمُونِ عنه . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، متى كانت الكَفَالَةُ بإذْنِه ، فأَرَادَ الكَفِيلُ إحْضَارَه ، لَزِمَهُ الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّتَهُ من أَجْلِه بإذْنِه ، فكان عليه تَخْلِيصُها ،

---

(٣١) فى ا ، ب ، م : « أبرئ » .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) فى ب : « كفل » .

(٣٤) فى م : « واحد » .

(٣٥) فى الأصل ، ا ، م : « لآخر » .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) فى م : « وإن » .

كما لو اسْتَعارَ عَبْدَه فرهَنَهُ بإذْنِه ، كان عليه تَخْلِيصُه إذا طَلَبَهُ سَيِّدُه . وإن كانت الكَفالَةُ بغير إذْنِه نَظَرْنا ؛ فإن طَلَبَهُ المَكْفُولُ له منه ، لَزِمَهُ أن يَحْضُرَ معه ؛ لأنَّ حُضُورَه حَقٌّ لِلْمَكْفُولِ له ، وقد اسْتَنابَ الكَفِيلَ فى / طَلَبِه . وإن لم يَطْلُبْهُ المَكْفُولُ له ، لم يَلْزَمْهُ أن يَحْضُرَ معه ؛ لأنَّه لم يُشْغِلْ ذِمَّتَهُ ، وإنَّما الكَفِيلُ شَغَلَها باخْتِيارِ نَفْسِه ، فلم يَجُزْ أن يَثْبُتَ له بذلك حَقٌّ على غيرِه . وإن قال المَكْفُولُ له : أَحْضِرْ كَفِيلَكَ . كان تَوْكِيلًا فى إحْضارِه ، ولَزِمَهُ أن يَحْضُرَ معه ، كما لو وَكَّلَ أجْنَبِيًّا . وإن قال : اخْرُجْ من كَفالَتِكَ . احْتَمَلَ أن يكونَ تَوْكِيلًا فى إحْضارِه ، كاللَّفْظِ الأَوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أن تكونَ مُطالَبَةً بالدَّيْنِ الذى عليه ، فلا يكون تَوْكِيلًا ، فلا يَلْزَمُه الحُضُورُ معه .

١٣١/٤و

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لآخَرَ : اضْمَنْ عن فُلَانٍ . أو اكْفُلْ بفُلَانٍ . ففَعَلَ ، كان الضَّمانُ والكَفالَةُ لَازِمَيْنِ لِلْمُباشِرِ دون الآمِرِ ؛ لأنَّه كَفَلَ[38] باخْتِيارِ نَفْسِه ، وإنَّما الأَمْرُ إرْشَادٌ وحَثٌّ على فِعْلِ خَيْرٍ ، فلا يَلْزَمُه به شىءٌ .

٨٢٦ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ مَاتَ ، بَرِئَ المُتَكَفِّلُ)

وجملتُه أنَّه إذا ماتَ المَكْفُولُ به ، سَقَطَتِ الكَفالَةُ ، ولم يَلْزَم الكَفِيلَ شَىْءٌ . وبهذا قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال الحَكَمُ ، ومَالِكٌ ، واللَّيْثُ : يَجِبُ على الكَفِيلِ غُرْمُ ما عليه . وحُكِىَ ذلك عن ابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الكَفِيلَ وَثِيقَةٌ بحَقٍّ[1] ، فإذا تَعَذَّرَتْ من جِهَةِ من عليه الدَّيْنُ ، اسْتَوْفَى من الوَثِيقَةِ كالرَّهْنِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ إحْضَارُه ، فلَزِمَ كَفِيلَهُ[2] ما عليه ، كما لو غَابَ . ولَنا ، أنَّ الحُضُورَ سَقَطَ عن المَكْفُولِ به ، فبَرِئَ الكَفِيلُ ، كما لو بَرِئَ من الدَّيْنِ ، ولأنَّ ما الْتَزَمَهُ من أَجْلِه سَقَطَ عن الأَصْلِ ، فبَرِئَ الفَرْعُ ، كالضَّامِنِ إذا قَضَى المَضْمُونُ عنه الدَّيْنَ ، أو أُبْرِئَ

---

(٣٨) فى الأصل ، ب : « كفيل » .

(١) فى الأصل : « بحقه » .

(٢) فى الأصل : « الكفيل » .

منه ، وفَارَقَ ما إذا غَابَ ، [٣]فإنَّ الحُضُورَ[٣] لم يُسْقِطْ عنه ، ويُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ فإنَّه عُلِّق به المالُ ، فَاسْتُوفِيَ منه .

فصل : إذا قال الكَفِيلُ : قد بَرِئَ المَكْفُولُ به من الدَّيْنِ ، وسَقَطَتِ الكَفَالَةُ . أو قال : لم يكُنْ عليه دَيْنٌ حين كَفَلْتُه . فأنْكَرَ المَكْفُولُ له ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ وبَقَاءُ الدَّيْنِ ، وعليه اليَمِينُ ، فإن نَكَلَ ، قُضِيَ عليه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُسْتَحْلَفَ فيما إذا ادَّعَى الكَفِيلُ أنَّه تَكَفَّلَ بمن لا دَيْنَ عليه ؛ لأنَّ الكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِه فيما[٤] ادَّعَاهُ ، فإنَّ مَن كَفَلَ بِشَخْصٍ مُعْتَرِفٌ بِدَيْنِه فى الظَّاهِرِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ ما ادَّعَاهُ مُحْتَمِلٌ .

٤/١٣١ظ **فصل** : وإذا قال المَكْفُولُ له / لِلْكَفِيلِ : أَبْرَأْتُكَ من الكَفَالَةِ . بَرِئَ ؛ لأنَّه حَقُّه ، فَيَسْقُطُ بإسْقَاطِه ، كالدَّيْنِ[٥] . وإن قال : قد بَرِئْتَ إلَىَّ منه . أو قد رَدَدْتَهُ إلَىَّ . بَرِئَ أيضا ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ بوفَاءِ الحَقِّ ، فهو كما لو اعْتَرَفَ بذلك فى الضَّمانِ . وكذلك إذا قال[٦] : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذى كَفَلْتَ به . ويَبْرَأُ الكَفِيلُ فى هذه المَوَاضِعِ دون المَكْفُولِ به . ولا يكونُ إقْرَارًا بِقَبْضِ الحَقِّ . وهذا قول محمدِ بن الحَسَنِ . وقيل : يكونُ [٧]إقْرارًا فيما يَقْتَضِى الحقُّ[٧] إقْرَارَه ، فيما إذا قال : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذى كَفَلْتَ به . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ بَرَاءَتُه بدون قَبْضِ الحَقِّ ، بإبْرَاءِ المُسْتَحِقِّ ، أو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال لِلْمَكْفُولِ به : أَبْرَأْتُكَ عمَّا لى قِبَلَكَ من الحَقِّ . أو بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذى قِبَلَكَ . فإنَّه يَبْرَأُ من الحَقِّ ، وتَزُولُ الكَفَالَةُ ؛ لأنَّه لَفْظٌ يَقْتَضِى العُمُومَ فى كلِّ ما قبلَه . وإن قال : بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذى كَفَلَ به فُلَانٌ . بَرِئَ ، وبَرِئَ كَفِيلُه .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) فى ب زيادة : « إذا » .

(٥) فى الأصل ، ا ، م : « الدين » .

(٦) فى ب زيادة : « له » .

(٧-٧) سقط من : ا ، م .

فصل : وإذا كان لِذِمِّيٍّ على ذِمِّيٍّ خَمْرٌ ، فكَفَلَ به ذِمِّيٌّ آخَرُ ، ثم أَسْلَمَ المَكْفُولُ له أو المَكْفُولُ عنه ، بَرِئَ الكَفِيلُ والمَكْفُولُ عنه . وقال أبو حنيفةَ : إذا أَسْلَمَ المَكْفُولُ عنه ، لم يَبْرَأْ واحدٌ منهما ، ويَلْزَمُهما قِيمَةُ الخَمْرِ ؛ لأنَّه كان وَاجِبًا ، ولم يُوجَدْ إِسْقَاطٌ ولا اسْتِيفاءٌ ، ولا وُجِدَ من المَكْفُولِ له ما يُسْقِطُ حَقَّهُ ، فبَقِىَ بحَالِه . ولَنا ، أنَّ المَكْفُولَ به مُسْلِمٌ ، فلم يَجِبْ عليه الخَمْرُ ، كما لو كان مُسْلِمًا قبلَ الكَفَالَةِ . وإذا بَرِئَ المَكْفُولُ به ، بَرِئَ كَفِيلُه . كما لو أدَّى الدَّيْنَ أو أُبْرِئَ[8] منه ، ولأنَّه لو أَسْلَمَ المَكْفُولُ له ، بَرِئَا جَمِيعًا ، فكذلك[9] إذا أَسْلَمَ المَكْفُولُ به . وإن أَسْلَمَ الكَفِيلُ وَحْدَه ، بَرِئَ من الكَفَالَةِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ وُجُوبُ الخَمْرِ عليه وهو مُسْلِمٌ .

فصل : فإذا قال : أَعْطِ فُلَانًا أَلْفًا . ففَعَلَ[10] ، لم يَرْجِعْ على الآمِرِ ، ولم يكُنْ له[11] ذلك كَفَالَةً ، ولا ضَمَانًا ، إلَّا أن يقول : أَعْطِه عَنِّى .[12] وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه إذا كان خَلِيطًا له ؛ لأنَّ العادَةَ أن يَسْتَقْرِضَ من خَلِيطِه . ولَنا ، أنَّه لم يَقُلْ : أَعْطِه عَنِّى[12] . فلم يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ ، كما لو لم يكن خَلِيطًا . ولا يَلْزَمُ إذا كان له عليه مَالٌ ، فقال : أَعْطِه فُلَانًا . حيث يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه لأَجْلِ هذا القولِ ، بل لأنَّ عليه حَقًّا يَلْزَمُه أدَاؤُه .

فصل : إذا كانت السَّفِينَةُ فى البَحْرِ ، وفيها مَتَاعٌ ، / فخِيفَ غَرَقُها ، فأَلْقَى بعضُ مَن فيها مَتاعَهُ فى البَحْرِ لِتَخِفَّ ، لم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ، سواءٌ أَلْقَاهُ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ أو مُتَبَرِّعًا ؛ لأنَّه أَتْلَفَ مَالَ نَفْسِه باخْتِيَارِه من غيرِ ضَمَانٍ . فإن قال له بعضُهم : أَلْقِ مَتاعَكَ . فأَلْقَاهُ فكذلك ؛ لأنَّه لا[13] يُكْرِهُهُ على إِلْقَائِه ، ولا ضَمِنَ له . وإن قال : أَلْقِه ،

١٣٢/٤ و

---

(٨) فى ا ، م : « أبرأه » .
(٩) فى الأصل ، ا ، م : « وكذلك » .
(١٠) سقط من : الأصل .
(١١) سقط من : الأصل .
(١٢ – ١٢) سقط من : ب .
(١٣) فى ب : « لم » .

وعَلَيَّ ضمانُه . فألْقَاهُ ، فعلى القَائِلِ ضَمَانُه . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ؛ لأنَّ ضَمانَ ما لم يَجِبْ صَحِيحٌ . وإن قال : أَلْقِه ، وأنا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضُمَنَاءُ له . ففعَلَ . فقال أبو بكرٍ : يَضْمَنُه[١٤] القَائِلُ وَحْدَه ، إلَّا أن يَتَطَوَّعَ بَقِيَّتُهم . قال القاضى : إن كان ضَمَانَ اشْتِرَاكٍ ، فليس عليه إلَّا ضَمَانُ حِصَّتِه ؛ لأنَّه لم يَضْمَن الجَمِيعَ ، إنَّما ضَمِنَ[١٥] حِصَّتَه ، وأَخْبَرَ عن[١٦] سَائِرِ رُكْبَان السَّفِينَةِ بِضَمَانِ سَائِرِه ، فلَزِمَتْهُ حِصَّتُه ، ولم يُقْبَلْ قولُه فى حَقِّ البَاقِينَ ، وإن كان ضَمَانَ اشْتِرَاكٍ وانْفِرَادٍ ، بأن يقولَ : كلُّ واحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لك مَتاعَكَ أو قِيمَتَه . لَزِمَ القَائِلَ ضَمَانُ الجَمِيعِ ، وسواءٌ قال هذا والبَاقُونَ يَسْمَعُونَ فسَكَتُوا ، أو قالوا : لا نَفْعَلُ . أو لم يَسْمَعُوا ؛ لأنَّ سُكُوتَهم لا يَلْزَمُهم به حَقٌّ .

فصل : قال مُهَنَّا : سَأَلْتُ أحمدَ ، عن رجلٍ له على رجلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، فأقامَ بها كَفِيلَيْنِ ، كلُّ واحِدٍ منهما كَفِيلٌ ضَامِنٌ ، فأيُّهما شاءَ أخذَهُ بحقِّه ، فأحَالَ رَبُّ المالِ عليه رَجُلًا بحَقِّه ؟ فقال : يَبْرَأُ الكَفِيلَانِ . قلتُ : فإن مَاتَ الذى أحَالَهُ عليه بالحَقِّ ولم يَتْرُكْ شيئا ؟ قال : لا شىءَ له ، ويَذْهَبُ الأَلْفُ .

---

(١٤) فى ب : « ضمنه » .

(١٥) فى ب : « يضمن » .

(١٦) فى الأصل : « على » .

كِتابُ الشَّرِكَةِ

الشَّرِكَةُ : هى الاجْتِماعُ فى اسْتِحْقاقٍ أو تَصرُّفٍ . وهى ثَابِتَةٌ بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإجْماعِ ؛ أمَّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى الثُّلُثِ ﴾[1] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الخُلَطَاءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾[2] . والخُلَطَاءُ هم الشُّرَكاءُ . ومن السُّنَّةِ ، ما رُوِىَ أنَّ البَراءَ بن عازِبٍ وزيدَ بن أرْقَمَ كانا شَرِيكَيْنِ ، فاشْتَرَيا فِضَّةً بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ ، فبَلَغَ رسولَ اللهِ ﷺ ، فأَمَرَهُمَا أنَّ ما كان بنَقْدٍ فأَجِيزُوه ، وما كان نَسيئَةً فرُدُّوه[3] . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « يَقُولُ اللهُ : أنا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أحَدُهُما صَاحِبَهُ ، فإذَا خَانَ أحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » / . رواه أبو داودَ[4] . ورُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « يَدُ اللهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا »[5] . وأَجْمَعَ المسلمونَ على جَوازِ الشَّرِكَةِ فى الجُمْلَةِ ، وإنَّما اخْتَلَفُوا فى أنْواعٍ منها نُبَيِّنُها إنْ شاء اللهُ تعالى .

١٣٢/٤ ظ

والشَّرِكَةُ على ضَرْبَيْنِ : شَرِكَةُ أمْلاكٍ ، وشَرِكَةُ عُقودٍ . وهذا البابُ لِشَرِكَةِ العُقودِ . وهى أنْواعٌ خَمْسَةٌ ؛ شَرِكَةُ العِنانِ ، والأبْدانِ ، والوُجُوهِ ، والمُضَارَبةِ ، والمُفَاوَضَةِ . ولا يَصِحُّ شىءٌ منها إلَّا من جائِزِ التَّصرُّفِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على التَّصرُّفِ فى المالِ فلم يَصِحَّ من غير جائِزِ التَّصرُّفِ فى المالِ ، كالبَيْعِ .

فصل : قال أحمدُ : يُشَارِكُ اليَهُودِىُّ والنَّصْرَانِىُّ ، ولكنْ لا يَخْلُو اليَهُودِىُّ

---

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة ص ٢٤ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٧١ .

(٤) فى : باب فى الشركة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٢٩ .

(٥) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٥ .

والنَّصْرَانِيُّ بالمالِ دُونَه ، ويكونُ[6] هو الذى يَلِيه ؛ لأنَّه يَعْمَلُ بالرِّبَا . وبهذا قال الحَسَنُ والثَّوْرِيُّ . وكرِهَ لشَّافِعِيُّ مُشَارَكَتَهُم مُطْلَقًا ؛ لأنَّه رُوِىَ عن عبدِ الله بن عَبّاسٍ ، أنَّه قال : أَكْرَهُ أنْ يُشَارِكَ المُسْلِمُ اليَهُودِيَّ . ولا يُعْرَفُ له مُخالِفٌ [7] فى الصَّحابةِ[7] ، ولأنَّ مالَ اليَهُودِيِّ والنَّصْرانِيِّ ليس بِطَيِّبٍ ، فإنَّهم يَبِيعُونَ الخَمْرَ ، ويَتَعَامَلُونَ بالرِّبَا ، فكُرِهَتْ مُعامَلَتُهم . ولَنا ، ما رَوَى الخَلَّالُ بإسْنادِه ، عن عَطَاءٍ قال : نَهَى رسولُ الله ﷺ عن مُشَارَكَةِ اليَهُودِيِّ والنَّصْرَانِيِّ ، إلَّا أنْ يكونَ الشِّرَاءُ والبَيْعُ بِيَدِ المُسْلِمِ[8] . ولأنَّ العِلَّةَ فى كَرَاهَةِ ما خَلَوا به ، مُعَامَلَتُهم بالرِّبَا ، وبَيْعُ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، وهذا مُنْتَفٍ فيما حَضَرَهُ المُسْلِمُ أو وَلِيَهُ . وقولُ ابن عَبّاسٍ مَحْمُولٌ على هذا ، فإنَّه عَلَّلَ بكَوْنِهم يُرْبُونَ . كذلك رَوَاهُ الأَثْرَمُ ، عن أبى حَمْزَةَ عن ابن عَبّاسٍ ، أنَّه قال : لا تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا ولا نَصْرَانِيًّا ولا مَجُوسِيًّا ؛ لأنَّهم يُرْبُونَ ، وأنَّ الرِّبا لا يَحِلُّ[9] . وهو قولُ واحِدٍ من الصَّحَابةِ لم يَثْبُتْ انْتِشَارُه بينهم ، وهم لا يَحْتَجُّونَ به . وقولُهم : إن أمْوالَهُم غيرُ طَيِّبةٍ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قد عَامَلَهم ، ورَهَنَ دِرْعَهُ عند يَهُودِيٍّ على شَعِيرٍ أخَذَهُ لأَهْلِه[10] ، وأَرْسَلَ إلى آخَرَ يَطْلُبُ منه ثَوْبَيْنِ إلى المَيْسَرَةِ[10] ، وأضَافَهُ يَهُودِيٌّ بخُبْزٍ وإهَالَةٍ سَنِخَةٍ[11] . ولا يَأْكُلُ النبيُّ ﷺ ما ليس بِطَيِّبٍ ، وما بَاعُوهُ من الخَمْرِ والخِنْزِيرِ قبلَ مُشَارَكَةِ المُسْلِمِ ، فثَمَنُه حَلَالٌ ، لِاعْتِقَادِهم حِلَّه ، ولهذا قال عمرُ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ الله عنه : وَلُّوهُمْ بَيْعَها وخُذُوا أثْمَانَها . فأمَّا ما يَشْتَرِيهِ أو يَبِيعُه من الخَمْرِ بمالِ الشَّرِكَةِ / أو ٤/١٣٣و

---

(٦) سقطت واو العطف من : الأصل ، ا ، ب .

(٧ - ٧) سقط من : ا .

(٨) وأخرجه ابن أبى شيبة موقوفا ، فى : باب مشاركة اليهودى والنصرانى ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٩ .

(٩) وأخرجه البيهقى ، فى : باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥ / ٣٣٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب مشاركة اليهودى والنصرانى ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٨ .

(١٠) تقدم التخريج فى : ٦ / ٣٧٥ .

(١١) إهالة سنخة : ألية متغيرة الرائحة من طول المكث .

وتقدم التخريج فى : ٦ / ٣٧٥ .

الْمُضَارَبةِ ، فإنَّه يَقَعُ فاسِدًا ، وعليه الضَّمانُ ؛ لأنَّ عَقْدَ الوَكِيلِ يَقَعُ للمُوَكِّلِ ، والمُسْلِمُ لا يَثْبُتُ مِلْكُه على الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى به مَيْتَةً ، أو عَامَلَ بالرِّبا ، وما خَفِىَ أمْرُه فلم يُعْلَمْ ، فالأَصْلُ إباحَتُه وحِلُّه . فأمَّا المَجُوسِىُّ ، فإنَّ أحمدَ كَرِهَ مُشارَكَته ومُعَامَلَتَهُ ، قال : ما أُحِبُّ مُخالَطَتَهُ ومُعَامَلَتَهُ ؛ لأنَّه يَسْتَحِلُّ ما لا يَسْتَحِلُّ هذا . قال حَنْبَلٌ : قال عَمِّى : لا تُشارِكْه ولا تُضَارِبْه . وهذا واللهُ أعْلَمُ على سَبِيلِ الاسْتِحْبابِ ، لِتَرْكِ مُعَامَلَتِه والكَراهَةِ لِمُشارَكَتِه ، وإنْ فَعَلَ صَحَّ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَهُ صَحِيحٌ .

٨٢٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَشَرِكَةُ الأَبْدَانِ جَائِزَةٌ)

مَعْنَى شَرِكَةِ الأَبْدَانِ ، أن يَشْتَرِكَ اثْنَانِ أو أَكْثَرُ فيما يَكْتَسِبُونَه بأَيْدِيهِم ، كالصُّنَّاعِ يَشْتَرِكُونَ على أن يَعْمَلُوا فى صِنَاعَتِهِم[١] ، فما رَزَقَ اللهُ تَعالَى فهُو بينهم . وإن اشْتَرَكُوا فيما يَكْتَسِبُونَ من المُبَاحِ ، كالحَطَبِ ، والحَشِيشِ ، والثِّمارِ المأْخُوذَةِ من الجِبَالِ ، والمَعَادِنِ ، والتَّلَصُّصِ على دَارِ الحَرْبِ ، فهذا جائِزٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالِبٍ ، فقال : لا بَأْسَ أن يَشْتَرِكَ القَوْمُ بأَبْدَانِهِم ، وليس لهم مالٌ ، مثل الصَّيَّادِينَ والنَّقَّالِينَ والحَمَّالِينَ . قد أشْرَكَ النَّبِىُّ ﷺ بين عَمَّارٍ وسَعْدٍ وابن مَسْعُودٍ ، فجاء سَعْدٌ بأَسِيرَيْنِ ، ولم يَجِيئا بشىءٍ[٢] . وفَسَّرَ أحمدُ صِفَةَ الشَّرِكَةِ فى الغَنِيمَةِ ، فقال : يَشْتَرِكانِ فيما يُصِيبانِ من سَلَبِ المَقْتُولِ ؛ لأنَّ القاتِلَ يَخْتَصُّ به دون الغَانِمِينَ . وبهذا قال مالِكٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ فى الصِّناعةِ ، ولا يَصِحُّ فى اكْتِسابِ المُباحِ ، كالاحْتِشَاشِ والاغْتِنَامِ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ مُقْتَضاهَا الوَكَالةُ ولا تَصِحُّ الوَكَالةُ فى هذه الأشياءِ ؛ لأنَّ من أخَذَهَا مَلَكَها . وقال الشَّافِعِىُّ : شَرِكَةُ الأَبْدانِ كلُّها فاسِدَةٌ ؛ لأنَّها شَرِكَةٌ على غير مالٍ . فلم تَصِحَّ . كما لو اخْتَلَفَتِ الصِّناعاتُ[٣] . ولَنا ، ما رَوَى أبو دَاوُدَ[٢] والأَثْرَمُ بإسْنادِهما ، عن أبى عُبَيْدَةَ[٤] ، عن عبدِ الله ، قال : اشْتَرَكْنا أنا وسَعْدٌ

---

(١) فى م : « صناعاتهم » .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشركة على غير رأس مال ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٠ . والنسائى ، فى : باب الشركة بغير مال ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ .

(٣) فى الأصل : « الصناعتان » .

(٤) فى ا ، ب ، م زيادة : « بن عبد الله » ، وهو تصحيف « عن عبد الله » الآتى .

وعَمّارٌ يومَ بَدْرٍ ، فلم أَجِئْ أنا وعَمّارٌ بشيءٍ ، وجاءَ سَعْدٌ بأَسِيرَيْنِ . ومثلُ هذا لا يَخْفَى على رسولِ الله ﷺ ، وقد أقَرَّهُم عليه ، وقال أحمدُ : أشْرَكَ بينَهم النَّبِيُّ ﷺ . فإن قِيل : فالمَغانِمُ مُشْتَرَكَةٌ / بين الغَانِمِينَ بِحُكْمِ اللهِ تعالى ، فكيف يَصِحُّ اخْتِصَاصُ هؤلاءِ بالشَّرِكَةِ فيها ؟ وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : غَنَائِمُ بَدْرٍ كانت لِرسولِ الله ﷺ ، وكان له أن يَدْفَعَها إلى من شاءَ . فيَحْتَمِلُ أن يكونَ فَعَلَ ذلك لهذا . قُلْنا : أمَّا الأَوَّلُ ، فالجَوَابُ عنه أنَّ غَنَائِمَ بَدْرٍ كانت لمن أَخَذَهَا من قبل أن يُشْرِكَ اللهُ تعالى بينهم ، ولهذا نُقِلَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ »[5] . فكان ذلك من قَبِيلِ المُبَاحَاتِ ؛ من سَبَقَ إلى أخْذِ شيءٍ فهو له . ويَجُوزُ أن يكونَ شَرَّكَ بينهم فيما يُصِيبُونَهُ من الأَسْلَابِ والنَّفَلِ ، إلَّا أن الأَوَّلَ أصَحُّ لقولِه : جاء سَعْدٌ بأَسِيرَيْنِ ، ولم أجِئْ أنا وعَمَّارٌ بشيءٍ . وأمَّا الثاني ، فإنَّ الله تعالى إنَّما جَعَلَ الغَنِيمَةَ لِنَبِيِّهِ عليه السَّلَامُ بعدَ أن غَنِمُوا واخْتَلَفُوا في الغَنَائِمِ ، فأَنْزَلَ الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾[6] . والشَّرِكَةُ كانتْ قبلَ ذلك . ويَدُلُّ على صِحَّةِ هذا ، أنَّها لو كانت لِرَسُولِ الله ﷺ لم يَخْلُ ؛ إمَّا أن يكونَ قد أبَاحَهم أخْذَها ، فصارَتْ كالمُبَاحَاتِ ، أو لم يُبِحْها لهم ، فكيف يَشْتَرِكُونَ في شيءٍ لِغَيرِهم ؟ . وفي هذا الخَبَرِ حُجَّةٌ على أبي حنيفةَ أيضًا ؛ لأنَّهم اشْتَرَكُوا في مُبَاحٍ ، وفيما ليس بِصِنَاعةٍ ، وهو يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّ العَمَلَ أحَدُ جِهَتَيِ المُضَارَبَةِ ، فصَحَّتِ الشَّرِكَةُ عليه كالمالِ ، وعلى أبي حنيفةَ ، أنَّهما اشْتَرَكَا في مَكْسَبٍ مُبَاحٍ فَصَحَّ ، كما لو اشْتَرَكا في الخِياطَةِ والقِصارَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أن الوَكَالةَ لا تَصِحُّ في المُبَاحاتِ ؛ فإنَّه يَصِحُّ أن يَسْتَنِيبَ في تَحْصِيلِها بأُجْرَةٍ ، فكذلك يَصِحُّ بغيرِ عِوَضٍ إذا تَبَرَّعَ أحَدُهُما بذلك ، كالتَّوْكِيلِ في بَيْعِ مالِه .

فصل : وتَصِحُّ شَرِكَةُ الأَبْدانِ مع اتِّفاقِ الصَّنائِعِ . فأمَّا مع اخْتِلافِها ، فقال

(5) انظر : السيرة النبوية ، لابن هشام ١ / ٦٤١ ، ٦٤٢ .

(6) سورة الأنفال ١ .

أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ مُقْتَضاها أن ما يَتَقَبَّلُه كلُّ واحِدٍ منهما من العَمَلِ يَلْزَمُه ، ويَلْزَمُ صَاحِبَهُ ، ويُطَالَبُ به كلُّ واحِدٍ منهما ، فإذا تَقَبَّلَ أحَدُهما شَيْئًا مع اخْتِلافِ صَنائِعِهما ، لم يُمْكِنِ الآخَرَ(٧) أن يَقُومَ به ، فكيف يَلْزَمُه عَمَلُه ! أم كيف يُطالَبُ بما لا قُدْرَةَ له عليه ! وقال القاضى : تَصِحُّ الشَّرِكَةُ ؛ لأنَّهما اشْتَرَكا فى مَكْسَبٍ مُبَاحٍ ، فَصَحَّ(٨) ، كما لو اتَّفَقَتِ الصَّنائِعُ / ، ولأنَّ الصَّنائِعَ المُتَّفِقَةَ قد يكونُ أحَدُ الرَّجُلَيْنِ أحْذَقَ فيها من الآخَرِ ، فربَّما يَتَقَبَّلُ أحَدُهما مالا يُمْكِنُ الآخَرَ عَمَلُهُ ، ولم يَمْنَعْ ذلك صِحَّتَها ، فكذلك إذا اخْتَلَفَتِ الصِّناعَتانِ . وقولهم : يَلْزَمُ كلَّ واحِدٍ منهما ما يَتقَبَّلُه صَاحِبُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه ذلك ؛ لأنَّهما كالوَكِيلَيْنِ ؛ بِدَلِيلِ صِحَّتِهما فى المُباحِ ، ولا ضَمانَ فيها . وإن قُلْنا : يَلْزَمُه . أمْكَنَه تَحْصِيلُ ذلك بالأُجْرةِ ، أو بمن يَتَبَرَّعُ له بعَمَلِه . ويَدُلُّ على صِحَّةِ هذا ، أنَّه لو قال أحَدُهما : أنا أتَقَبَّلُ وأنْتَ تَعْملُ . صَحَّتِ الشَّرِكَةُ ، وعَمَلُ كلِّ واحِدٍ منهما غيرُ عَمَلِ صاحِبِه .

١٣٤/٤و

فصل : وإذا قال أحَدُهما : أنا أتَقَبَّلُ ، وأنت تَعْمَلُ ، والأُجْرَةُ بينى وبينك . صَحَّتِ الشَّرِكَةُ . وقال زُفَر : لا تَصِحُّ ، ولا يَسْتَحِقُّ العَامِلُ المُسَمَّى ، وإنَّما له أُجْرَةُ المِثْلِ . ولَنا ، أنَّ الضَّمانَ يُسْتَحَقُّ به الرِّبْحُ ، (٩بِدَلِيلِ شَرِكَةِ الأَبْدانِ ، وتَقَبُّلُ العَمَلِ يُوجِبُ الضَّمَانَ على المُتَقبِّلِ ، ويَسْتَحِقُّ به الرِّبْحَ٩) ، فصارَ كتَقَبُّلِه المالَ(١٠) فى المُضَارَبَةِ ، والعَمَلُ يَسْتَحِقُّ به العَامِلُ الرِّبْحَ ، كعَمَلِ المُضَارِبِ ، فيُنَزَّلُ بِمَنْزِلَةِ المُضَارَبَةِ .

فصل : والرِّبْحُ فى شَرِكَةِ الأَبْدَانِ على ما اتَّفَقُوا عليه ، من مُساواةٍ أو تَفاضُلٍ ؛ لأنَّ العَمَلَ يُسْتَحَقُّ به الرِّبْحُ ، ويجوزُ تَفاضُلُهما فى العَمَلِ ، فجازَ تَفَاضُلُهما فى الرِّبْحِ الحاصِلِ به ، ولكلِّ واحِدٍ منهما المطَالَبَةُ بالأُجْرَةِ ، ولِلْمُسْتَأْجِرِ دَفْعُها إلى كلِّ واحِدٍ

---

(٧) فى ب : « للآخر » .

(٨) سقط من : ا .

(٩ - ٩) سقط من : ب .

(١٠) فى الأصل : « بالمال » .

منهما ، وإلى أيِّهما دفَعَها بَرِئَ منها . وإنْ تلِفَتْ فى يَدِ أحَدِهما من غيرِ تَفْرِيطٍ ، فهى من ضَمانِهما معًا ؛ لأنَّهما كالوَكِيلَيْنِ فى المُطالَبَةِ ، وما يَتَقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما من الأَعْمالِ فهو من ضَمانِهما ، يُطالَبُ به كلُّ واحدٍ منهما ، ويَلْزَمُه عَمَلُه ؛ لأنَّ هذه الشَّرِكَةَ لا تَنْعَقِدُ إلَّا على الضَّمانِ ، ولا شىءَ فيها تَنْعَقِدُ عليه الشَّرِكَةُ حالَ الضَّمانِ ، فكأنَّ الشَّرِكَةَ تَضَمَّنَتْ ضَمانَ كلِّ واحدٍ منهما عن الآخَرِ ما يَلْزَمُه . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنْ لا يَلْزَمَ أحَدَهما ما لَزِمَ الآخَرَ ؛ لما ذَكَرْنا مِن قَبْلُ . وما يَتْلَفُ بتَعَدِّى أحَدِهما أو تَفْرِيطِه أو تحت يَدِه ، على وَجْهٍ يُوجِبُ الضَّمانَ عليه ، فذلك عليه وَحْدَه . وإنْ أقَرَّ أحَدُهما بما فى يَدِه ، قُبِلَ عليه وعلى شَرِيكِه ؛ لأنَّ اليَدَ له ، فيُقْبَلُ إقْرارُه بما فيها ، ولا يُقْبَلُ إقْرارُه بما فى يَدِ شَرِيكِه ، ولا بِدَيْنٍ عليه ؛ لأنَّه لا يَدَ له على ذلك .

فصل : وإنْ عَمِلَ أحَدُهما دُون صاحِبِه ، فالكَسْبُ بينهما . قال ابن عَقِيلٍ : نَصَّ عليه أحْمَدُ / ، فى رِوايةِ إسْحاقَ بن هانِئٍ . وقد سُئِلَ عن الرَّجُلَيْنِ يَشْتَرِكانِ فى عَمَلِ الأبْدانِ ، فيَأْتِى أحَدُهُما بشىءٍ ، ولا يَأْتِى الآخَرُ بشىءٍ ؟ قال : نعم ، هذا بِمَنْزِلَةِ حَدِيثِ سَعْدٍ وابن مَسْعُودٍ . يعنى حيث اشْتَرَكُوا ، فجاءَ سَعْدٌ بأَسِيرَيْنِ وأخْفَقَ الآخَرانِ[11] . ولأنَّ العَمَلَ مَضْمُونٌ عليهما معا ، وبِضَمانِهما له وَجَبَتِ الأُجْرَةُ ، فيكونُ لهما كما[12] كان الضَّمانُ عليهما ، ويكون العَامِلُ عَوْنًا لِصاحِبِه فى حِصَّتِه . ولا يَمْنَعُ ذلك اسْتِحْقاقَه ، كمن اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْصُرَ له ثَوْبًا ، فاسْتَعانَ القَصَّارُ بإنْسانٍ[13] ، فَقَصَرَ معه ، كانت الأُجْرَةُ لِلقَصَّارِ المُسْتَأْجَرِ . كذا هٰهُنا . وسواء تَرَكَ العَمَلَ لِمَرَضٍ أو غيره ، فإن طالَبَ أحَدُهما الآخَرَ أن يَعْمَلَ معه أو يُقِيمَ[14] مُقامَهُ من يَعْمَلُ ، فله ذلك . فإن امْتَنَعَ ، فللآخَرِ الفَسْخُ . ويَحْتَمِلُ أنَّه متى تَرَكَ العَمَلَ من غير عُذْرٍ ، أن لا يُشارِكَ

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ١١١ .

(١٢) فى ب زيادة « لو » .

(١٣) فى الأصل : « إنسانا » .

(١٤) فى الأصل : « يقوم » .

١٣٤/٤ظ

صاحِبَه فى أُجْرَةِ ما عَمِلَه دونَه ؛ لأنَّه إنَّما شارَكَه لِيَعْمَلا جَمِيعًا ، فإذا تَرَكَ أحَدُهما العَمَلَ ، فما وَفَى بما شَرَطَ على نَفْسِه ، فلم يَسْتَحِقَّ ما جُعِلَ له فى مُقابَلَتِه . وإنَّما احْتَمَلَ ذلك فيما إذا (١٥) تَرَكَ أحَدُهما العَمَلَ (١٥) لِعُذْرٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه .

فصل : فإن اشْتَرَكَ رجلانِ ، لكلِّ واحدٍ منهما دَابَّةٌ ، على أن يُؤْجِراهُما ، فما رَزَقَهما اللهُ من شىءٍ فهو بينهما ، صَحَّ . فإذا تَقَبَّلا حَمْلَ شىءٍ مَعْلُومٍ إلى مكانٍ مَعْلُومٍ فى ذِمَّتِهما ، ثم حَمَلاهُ على البَهِيمَيْنِ أو غَيْرِهما ، صَحَّ ، والأُجْرَةُ بينهما على ما شَرَطاهُ ؛ لأنَّ تَقَبُّلَهُمَا الحَمْلَ أثْبَتَ الضَّمانَ فى ذِمَّتِهما ، ولهما أن يَحْمِلاهُ بأى ظَهْرٍ كان ، والشَّرِكَةُ تَنْعَقِدُ على الضَّمانِ ، كشَرِكَةِ الوُجُوهِ . وإن أجَراهُما بأعْيانِهما على حَمْلِ شىءٍ بأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، ولكلِّ واحدٍ منهما أجْرُ دَابَّتِه ؛ لأنَّه لم يَجِبْ[١٦] ضَمانُ الحَمْلِ فى ذِمَمِهما ، وإنَّما اسْتَحَقَّ المُكْتَرِى[١٧] مَنْفَعَةَ البَهِيمَةِ التى اسْتَأْجَرَها ، ولهذا تَنْفَسِخُ الإجارَةُ بِمَوْتِ الدابَّةِ التى اكْتَراها ، ولأنَّ الشَّرِكَةَ إمَّا أن تَنْعَقِدَ على الضَّمانِ فى ذِمَمِهما ، أو على عَمَلِهما . وليس هذا بواحِدٍ منهما ، فإنَّه لم يَثْبُتْ فى ذِمَمِهما ضَمانٌ ، ولا عَمِلا بأبْدانِهما ما يَجِبُ الأجْرُ فى مُقابَلَتِه ، ولأنَّ الشَّرِكَةَ تَتَضَمَّنُ الوَكالَةَ ، والوَكالَةُ على هذا الوَجْهِ لا تَصِحُّ ، ولهذا لو قال : آجِرْهُ عَبْدَكَ ، وتكونُ أُجْرَتُه بَيْنِى وبَيْنَكَ . لم تَصِحَّ . كما لو قال : بِعْ عَبْدَكَ وثَمَنُه بيننا . لم يَصِحَّ . ويَحْتَمِلُ أنْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، كما لو اشْتَرَكا / فيما يَكْتَسِبانِ من المُباحِ بأبْدانِهما . فإن أعانَ أحَدُهُما صاحِبَهُ فى التَّحْمِيلِ[١٨] والنَّقْلِ ، كان له أجْرُ مثلِه ؛ لأنَّها مَنافِعُ وَفَّاها بِشُبْهَةِ عَقْدٍ . ١٣٥/٤و

فصل : فإن كان لِقَصَّارٍ أداةٌ ، ولآخَرَ بَيْتٌ ، فاشْتَرَكا على أن يَعْمَلا بأداةِ هذا فى بَيْتِ هذا ، والكَسْبُ بينهما ، جازَ ، والأجْرُ[١٩] على ما شَرَطاهُ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ على

(١٥ - ١٥) فى ا ، ب : « تركه أحدهما » .

(١٦) فى م : « يجد » .

(١٧) فى م : « المشترى » .

(١٨) فى ب : « التحمل » .

(١٩) فى م : « والأجرة » .

عَمَلِها ، والعَمَلُ يُستَحَقُّ به الرِّبْحُ فى الشَّرِكَةِ ، والآلَةُ والبَيْتُ لا يُسْتَحَقُّ بهما شىءٌ ؛ لأنَّهما يُسْتَعْمَلانِ فى العَمَلِ المُشْتَرَكِ ، فصارا[20] كالدَّابَّتَيْنِ اللَّتَيْنِ أجَراهُما لِحَمْلِ الشىءِ الذى تَقَبَّلَا حَمْلَه . وإن فَسَدَتِ الشَّرِكَةُ ، قُسِمَ ما حَصَلَ لهما على قَدْرِ أجْرِ عَمَلِهِما وأجْرِ الدَّارِ والآلَةِ . وإن كانت لأحَدِهِما آلَةٌ وليس للآخَرِ شىءٌ ، أو لأحَدِهما بَيْتٌ وليس للآخَرِ شىءٌ ، فاتَّفَقا على أن يَعْمَلا بالآلَةِ أو فى البَيْتِ والأُجْرَةُ بينهما ، جازَ ؛ لما ذَكَرْنا .

فصل : وإن دَفَعَ رَجُلٌ دابَّتَه إلى آخَرَ لِيَعْمَلَ عليها ، وما يَرْزُقُ اللهُ بينهما نِصْفَيْنِ أو أثْلاثًا أو كيفما شَرَطا ، صَحَّ . نَصَّ عليه فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ومحمَّدِ بن أبى حَرْبٍ وأحمد بن سَعِيدٍ . ونُقِلَ عن الأوْزاعِىِّ ما يَدُلُّ على هذا . وكَرِهَ ذلك الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ . وقال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : لا يَصِحُّ ، والرِّبْحُ كلُّه لِرَبِّ الدَّابَّةِ ؛ لأنَّ الحَمْلَ الذى يُسْتَحَقُّ به العِوَضُ منها . ولِلْعامِلِ أجْرُ مثلِه ؛ لأنَّ هذا ليس من[21] أقْسامِ الشَّرِكَةِ ، إلَّا أنْ تكونَ المُضارَبَةُ ، ولا تَصِحُّ المُضارَبَةُ بالعُرُوضِ ، ولأنَّ المُضارَبَةَ تكونُ بالتِّجارَةِ فى الأعْيانِ ، وهذه لا يجوزُ بَيْعُها ولا إخْراجُها عن مِلْكِ مالِكِها . وقال القاضى : يَتَخَرَّجُ أن لا يَصِحَّ ، بناءً على أنَّ المُضارَبَةَ بالعُرُوضِ لا تَصِحُّ ، فعلى هذا إن كان أجْرُ الدَّابَّةِ بِعَيْنِها فالأجْرُ لِمالِكِها ، وإن تَقَبَّلَ حَمْلَ شىءٍ فحَمَلَهُ ، أو حَمَلَ عليها شَيْئًا مُباحًا فباعَه ، فالأُجْرَةُ والثَّمَنُ له ، وعليه أُجْرَةُ مِثْلِها لِمالِكِها . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها فصَحَّ العَقْدُ عليها ببعضِ نَمائِها ، كالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ ، وكالشَّجَرِ فى المُساقاةِ ، والأرْضِ فى المُزارَعَةِ . وقولُهم : إنَّه ليس من أقْسامِ الشَّرِكَةِ ، ولا هو مُضارَبَةٌ . قُلْنا : نعم ، لكنَّه يُشْبِهُ المُساقاةَ والمُزارَعَةَ ، فإنَّه دَفْعٌ لِعَيْنِ المالِ إلى مَن يَعْمَلُ عليها ببعضِ نَمائِهَا مع بَقاءِ عَيْنِها . وبهذا يَتَبَيَّنُ أن تَخْرِيجَها على المُضارَبَةِ بالعُرُوضِ فاسِدٌ ؛ فإنَّ المُضارَبَةَ إنَّما تكونُ بالتِّجارَةِ والتَّصَرُّفِ فى رَقَبَةِ المالِ ، وهذا بِخِلافِه . وذَكَرَ القاضى ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، فى مَن اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ؛ لِيَعْمَلَ عليها / ٤/١٣٥ظ

---

(٢٠) فى الأصل : « فصار هذا » .

(٢١) فى الأصل ، ب : « فى » .

بِنِصْفِ ما يَرْزُقُه اللهُ تعالى أو ثُلُثه ، جازَ . ولا أرَى لهذا وَجْهًا ؛ فإنَّ الإجارَةَ يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِها العِلْمُ بالعِوَضِ ، وتَقْدِيرُ المُدَّةِ أو العَمَلِ ، ولم يُوجَدْ ، ولأنَّ هذا عَقْدٌ غيرُ مَنْصُوصٍ عليه ، ولا هو فى معنى المَنْصُوصِ ، فهو كسائِرِ العُقُودِ الفاسِدَةِ ، إلَّا أن يُرِيدَ بالإجارَةِ المُعامَلَةَ على الوَجْهِ الذى تَقَدَّمَ . وقد أشارَ أحمدُ إلى ما يَدُلُّ على تَشْبِيهِه لمثلِ هذا بالمُزارَعَةِ ، فقال : لا بَأْسَ بالثَّوْبِ يُدْفَعُ بالثُّلُثِ والرُّبعِ ؛ لِحَدِيثِ جابِرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أعْطَى خَيْبَرَ على الشَّطْرِ[22] . وهذا يَدُلُّ على أنَّه قد صارَ فى هذا ومثله إلى الجَوازِ ؛ لشَبَهِهِ بالمُساقاةِ والمُزارَعَةِ ، لا إلى المُضارَبَةِ ، ولا إلى الإجارَةِ . ونَقَلَ أبو داودَ ، عن أحمدَ ، فى مَن يُعْطِى فَرَسَهُ على النِّصْفِ من الغَنِيمَةِ : أَرْجُو أن لا يكونَ به بَأْسٌ . قال إسحاقُ بن إبراهيمَ : قال أبو عبدِ اللهِ : إذا كان على النِّصْفِ والرُّبْعِ ، فهو جائِزٌ . وبه قال الأَوْزاعِىُّ . ونَقَلَ أحمدُ بن سَعِيدٍ ، عن أحمدَ ، فى مَن دَفَعَ عَبْدَهُ إلى رجلٍ لِيَكْسِبَ عليه ، ويكونَ له ثُلُثُ ذلك أو رُبُعُه ، فجائِزٌ ، والوَجْهُ فيه ما ذَكَرْناهُ فى مَسْأَلَةِ الدَّابَّةِ . وإن دَفَعَ ثَوْبَهُ إلى خَيَّاطٍ لِيُفَصِّلَهُ قُمْصانًا يَبِيعُها ، وله نِصْفُ رِبْحِها بحَقِّ عَمَلِه ، جازَ . نَصَّ عليه فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، وإنْ دَفَعَ غَزْلًا إلى رَجُلٍ يَنْسِجُه ثَوْبًا بِثُلُثِ ثَمَنِه أو رُبعِه ، جَازَ . نَصَّ عليه . ولم يُجِزْ مالِكٌ وأبو حنيفةَ والشَّافِعِىُّ شَيْئًا من ذلك ؛ لأنَّه عِوَضٌ مَجْهُولٌ وعَمَلٌ مَجْهُولٌ . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ جَوازِه . وإن جَعَلَ له مع ذلك دَراهِمَ مَعْلُومَةً ، لم يَجُزْ . نَصَّ عليه . وعنه الجَوازُ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ . وقال أبو بكرٍ : هذا قولٌ قَدِيمٌ ، وما رُوِىَ غيرُ هذا فعليه المُعْتَمَدُ . قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يقول : لا بَأْسَ بالثَّوْبِ يُدْفَعُ بالثُّلُثِ والرُّبُعِ . وسُئِلَ عن الرَّجُلِ يُعْطِى الثَّوْبَ بالثُّلُثِ وَدِرْهَمٍ ودِرْهَمَيْنِ؟ قال : أَكْرَهُه ؛ لأنَّ هذا شىءٌ لا يُعْرَفُ . والثُّلُثُ إذا لم يكُنْ معه شىءٌ نَراهُ جائِزًا ؛ لِحَدِيثِ جابِرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أعْطَى

---

(22) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الخرص ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 236 .

خَيْبَرَ على الشَّطْرِ . قيل لأبى عبدِ الله : فإنْ كان النَّسَّاجُ لا يَرْضَى حتى يُزادَ على الثُّلُثِ دِرْهَمًا ؟ قال : فَلْيَجْعَلْ له ثُلُثًا وعُشْرَىْ ثُلُثٍ ونِصْفَ عُشْرٍ وما أشْبَه . ورَوَى الأَثْرَمُ ، عن ابن سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، وأيُّوبَ ، ويَعْلَى بنِ حَكِيمٍ[٢٣] ، أنَّهم أجازُوا / ذلك . وقال ابنُ المُنْذِرِ : كَرِهَ هذا كلَّه الحَسَنُ . وقال أبو ثَوْرٍ وأصْحابُ الرَّأْى : هذا كلُّه فاسِدٌ . واخْتارَهُ[٢٤] ابنُ المُنْذِرِ وابنُ عقيلٍ ، وقالوا : لو دَفَعَ شَبَكَتَهُ[٢٥] إلى الصَّيَّادِ لِيَصِيدَ بها السَّمَكَ بينهما نِصْفَيْنِ[٢٦] ، فالصَّيْدُ كلُّه لِلصَّيَّادِ ، ولصاحِبِ الشَّبَكَةِ أجْرُ مِثْلِها . وقِياسُ ما نُقِلَ عن أحمدَ صِحَّةُ الشَّرِكَةِ ، وما رَزَقَ اللهُ[٢٧] بينهما على ما شَرَطاهُ ؛ لأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ فيها[٢٨] ، فصَحَّ دَفْعُها ببعض نَمائِها ، كالأرْضِ .

١٣٦/٤ و

فصل : قال ابنُ عَقِيلٍ : نَهَى رسولُ الله ﷺ عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ[٢٩] . وهو أن يُعْطِىَ الطَّحَّانَ أقْفِزَةً مَعْلُومةً يَطْحَنُها بقَفِيزٍ دَقِيقٍ منها . وعِلَّةُ المَنْعِ أنَّه جَعَلَ له بعضَ مَعْمُولِه أجْرًا لِعَمَلِه ، فيَصِيرُ الطَّحْنُ مُسْتَحَقًّا له عليه . وهذا الحَدِيثُ لا نَعْرِفُه ، ولا يَثْبُتُ عِنْدَنا صِحَّتُه ، وقِياسُ قولِ أحمدَ جَوازُه ؛ لما ذَكَرْناه عنه من المَسائِلِ .

فصل : فإن كان لِرَجُلٍ دَابَّةٌ ، ولآخَرَ إكافٌ وجُوالِقاتٌ ، فاشْتَرَكا على أن يُؤجِراهُما والأُجْرَةُ بينهما نِصْفانِ ، فهو فاسِدٌ ؛ لأنَّ هذه أعْيانٌ لا يَصِحُّ الاشْتِراكُ فيها ، فكذلك[٣٠] فى مَنافِعِها ، إذ تَقْدِيرُه : آجِرْ دَابَّتَكَ لتكونَ أُجْرَتُها بيننا ، وأُوجِرُ جُوَالِقاتِى

---

(٢٣) يعلى بن حكيم الثقفى مولاهم ، المكى ، سكن البصرة ، وروى عن سعيد بن جبير وغيره ، وكان ثقة صدوقا . تهذيب التهذيب ١١ / ٤٠١ .

(٢٤) فى ا ، ب : « وأجازه » .

(٢٥) فى الأصل ، م : « شبكة » .

(٢٦) فى الأصل ، ا ، م : « نصفان » .

(٢٧) لم ترد فى : ا ، ب ، م .

(٢٨) فى ا : « عليها » .

(٢٩) تقدم تخريجه فى : ٦ / ١٧٠ .

(٣٠) فى الأصل ، ا ، م : « كذلك » .

لتكونَ أُجْرَتُها بيننا . وتكونُ الأُجْرَةُ كلها لِصَاحِبِ البَهِيمَةِ ؛ لأنَّه مَالِكُ الأَصْلِ ، وللآخَرِ أَجْرُ مِثْلِه على صَاحِبِ البَهِيمَةِ ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِه بِعَقْدٍ فاسِدٍ[٣١] ، هذا إذا أَجَرَ الدَّابَّةَ[٣٢] بما عليها من الإِكَافِ والجُوَالِقَاتِ فى عَقْدٍ واحِدٍ . فأمَّا لو أَجَرَ كلُّ واحِدٍ منهما[٣٣] مِلْكَه مُنْفَرِدًا ، فلكلِّ واحِدٍ منهما أَجْرُ مِلْكِه. وهكذا لو قال رَجُلٌ لِصَاحِبِه : آجِرْ عَبْدِى ، والأَجْرُ بيننا . كان الأَجْرُ لِصَاحِبِه ، وللآخرِ أَجْرُ مِثْلِه . وكذلك فى جَمِيعِ الأَعْيانِ .

فصل : فإن اشْتَرَكَ ثَلَاثَةٌ ؛ من أَحَدِهِم دَابَّةٌ ، ومن آخَرَ رَاوِيَةٌ ، ومن آخَرَ[٣٤] العَمَلُ ، على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالى فهو بينهم ، صَحَّ ، فى قِيَاسِ قولِ أحمدَ ؛ فإنَّه[٣٥] نَصَّ فى الدَّابَّةِ يَدْفَعُها إلى آخَرَ يَعْمَلُ عليها ، على أنَّ لهما الأُجْرَةَ على الصِّحَّةِ . وهذا مثلُه ؛ لأنَّه دَفَعَ دَابَّتَهُ إلى آخَرَ يَعْمَلُ عليها ، والرَّاوِيَةُ عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها ، فهى كالبَهِيمَةِ ، فعلى هذا يكونُ ما رَزَقَ اللهُ بينهم على ما اتَّفَقُوا عليه . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما / وَكَّلَا[٣٦] العامِلَ فى كَسْبٍ مُبَاحٍ بآلَةٍ دَفَعاهَا إليه ، فأَشْبَهَ ما لو دَفَعَ إليه أَرْضَهُ لِيَزْرَعَها . وهكذا لو اشْتَرَكَ أَرْبَعَةٌ من أَحَدِهِم دُكَّانٌ ومن آخَرَ رَحًى ، ومن آخَرَ بَغْلٌ ، ومن آخَرَ العَمَلُ ، على أن يَطْحَنُوا بذلك ، فما رَزَقَ[٣٧] اللهُ تعالى فهو بينهم ، صَحَّ ، وكان بينهم على ما شَرَطُوهُ . وقال القاضى : العَقْدُ فَاسِدٌ فى المَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا . وهو ظاهِرُ قولِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ هذا لا يجوزُ أن يكونَ مُشَارَكَةً ولا مُضَارَبَةً ، لكَوْنِه[٣٨] لا يجوزُ أن يكونَ رَأْسُ مَالِهِما العُرُوضَ ، ولأنَّ من شُرُوطِهما[٣٩] عَوْدَ رَأْسِ المالِ سَلِيمًا ، بِمَعْنَى أنه لا يُسْتَحَقُّ شىءٌ من الرِّبْحِ حتى

٤/١٣٦ظ

---

(٣١) سقط من : الأصل ، م .

(٣٢) فى الأصل : « دابته » .

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) فى ب ، م : « الآخر » .

(٣٥) فى م زيادة : « قد » .

(٣٦) فى ب ، م : « وكلاء » .

(٣٧) فى ا : « رزقهم » .

(٣٨) فى ا ، ب ، م : « لكونهما » .

(٣٩) فى الأصل : « شرطهما » .

يُسْتَوْفَى رَأْسُ المالِ بِكَمَالِه . والرَّاوِيَةُ هـٰهُنا تَخْلُقُ[40] وتَنْقُصُ ، ولا إجارَةَ ؛ لأنَّها تَفْتَقِرُ إلى مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ وأجْرٍ مَعْلُومٍ ، فتكون فَاسِدَةً ، فعلى هذا يكونُ الأجْرُ كله فى المَسْأَلَةِ الأُولَى لِلسَّقَّاءِ ؛ لأنَّه لما غَرَفَ الماءَ فى الإنَاءِ مَلَكَهُ ، فإذا بَاعَهُ فثَمَنُه له ، لأنَّه عِوَضُ مِلْكِه ، وعليه لِصَاحِبَيْهِ أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه اسْتَعْمَلَ مِلْكَهُما بِعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ لهما ، فكان لهما أجْرُ المِثْلِ ، كسَائِرِ الإجارَاتِ الفاسِدَةِ . وأما فى المَسْأَلَةِ الثانيةِ ، فإنَّهم إذا طَحَنُوا لِرَجُلٍ طَعَامًا بأُجْرَةٍ ، نَظَرْتَ فى عَقْدِ الإجارَةِ ، فإن كان من واحِدٍ منهم ، ولم يَذْكُرْ أصْحَابَهُ ، ولا نَوَاهُم ، فالأجْرُ كلُّه له ، وعليه لأصْحَابه أجْرُ المِثْلِ ، وإن نَوَى أصْحَابَه ، أو ذَكَرَهُم[41] ، كان كما لو عَقَدَ مع كلِّ واحِدٍ منهم مُنْفَرِدًا ، أو اسْتَأْجَرَ من جَمِيعِهِم ، فقال : اسْتَأْجَرْتُكم لِتَطْحَنُوا لى هذا الطَّعَامَ بكذا . فالأجْرُ بينهم أرْبَاعًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم قد لَزِمَهُ طَحْنُ رُبْعِه بِرُبْعِ الأجْرِ ، ويَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهم على أصْحابه بِرُبْعِ أجْرِ مِثْلِه . وإن كان[42] قال : اسْتَأْجَرْتُ هذا الدُّكّانَ والبَغْلَ والرَّحَى ، وهذا الرَّجُلَ بكذا وكذا ، [43]لِطَحْنِ كذا وكذا[43] من الطَّعامِ . صَحَّ ، والأجْرُ بينهم على قَدْرِ أجْرِ مِثْلِهِم ، لكلِّ واحِدٍ من المُسَمَّى بِقَدْرِ حِصَّتِه ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخرِ ، يكونُ بينهم أرْباعًا ، بناءً على ما إذا تَزَوَّجَ أرْبَعًا بِمَهْرٍ واحِدٍ ، أو كاتَبَ أرْبَعَةَ أعْبُدٍ بِعِوَضٍ واحِدٍ . وهل[44] يكونُ العِوَضُ أرْباعًا ، أو على قَدْرِ قِيمَتِهِم ؟ على وَجْهَيْنِ .

٨٢٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِنِ اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنَانِ بِمَالِ غَيْرِهِمَا ، أَوْ بَدَنٌ وَمَالٌ ، أَوْ مَالَانِ وَبَدَنُ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا ، أَو بَدَنَانِ بِمَالَيْهِمَا ، تَسَاوَى المَالُ أَوِ اخْتَلَفَ ، فَكُلُّ ذٰلِكَ / جَائِزٌ) ١٣٧/٤و

ذَكَرَ أصْحابُنا الشَّرِكَةَ[1] الجائِزَةَ أرْبَعًا ، وقد ذَكَرْنا نَوْعًا منها ، وهو شَرِكَةُ الأبْدانِ ،

---

(٤٠) تخلق : تبلى .
(٤١) فى الأصل : « وذكرهم » .
(٤٢) سقط من : الأصل ، م .
(٤٣–٤٣) سقط من : ب .
(٤٤) فى ا ، ب ، م : « هل » .
(١) فى ب ، م : « للشركة » .

وبَقِىَ ثلاثةُ أنواعٍ ، ذَكَرَها الخِرَقِيُّ فى خَمْسةِ أقْسامٍ ، ثلاثةٌ منها المُضَارَبَةُ ، وهى[٢] إذا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بمالِ أحَدِهما ، أو بَدَنٌ ومَالٌ ، أو مَالَانِ وبَدَنُ صَاحِبِ أحَدِهما . وقِسْمٌ منها شَرِكَة الوُجُوهِ ، وهو إذا اشْتَرَكَ بَدَنانِ بمالِ غَيْرِهما . وقال القاضى : مَعْنَى هذا القِسْمِ ، أن يَدْفَعَ واحِدٌ مَالَه إلى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً ، فيكون المُضَارِبَانِ شَرِيكَيْنِ فى الرِّبْحِ بمالِ غَيْرِهما ؛ لأنَّهما إذا أُخِذَ المالُ بجَاهِهما فلا يكُونانِ مُشْتَرِكَيْنِ بمالِ غَيْرِهما ، وهذا مُحْتَمِلٌ . والذى قُلْنا له وَجْهٌ ؛ لكَوْنِهما اشْتَرَكَا فيما يَأْخُذانِ من مالِ غَيْرِهما ، واخْتَرْنا هذا التَّفْسِيرَ ؛ لأنَّ كلامَ الخِرَقِىِّ بهذا التَّقْدِيرِ يكونُ جَامِعًا لأنْواعِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَةِ ، وعلى تَفْسِيرِ القاضى يكون مُخِلًّا بِنَوْعٍ منها ، وهى شَرِكَةُ الوُجُوهِ ، ويكونُ هذا المَذْكُورُ نَوْعًا من المُضَارَبَةِ ، ولأنَّ الخِرَقِىَّ ذَكَرَ الشَّرِكَةَ بين اثْنَيْنِ ، وهو صَحِيحٌ على تَفْسِيرِنَا ، وعلى تَفْسِيرِ القاضِى تكون الشَّرِكَةُ بين ثَلَاثَةٍ ، وهو خِلَافُ ظَاهِرِ قولِ الخِرَقِىِّ . والقسم الخامس إذا اشْتَرَكَ بَدَنانِ بمالَيْهما ، وهذه شَرِكَةُ العِنَانِ ، وهى شَرِكَةٌ مُتَّفَقٌ عليها . فأما شَرِكَةُ الوُجُوهِ ، فهو أن يَشْتَرِكَ اثْنانِ فيما يَشْتَرِيانِ بجَاهِهما ، وثِقَةِ التُّجَّارِ بهما ، من غيرِ أن يكونَ لهما رَأْسُ مالٍ ، على أنَّ ما اشْتَرَيَا بينهما نِصْفَيْنِ أو أثْلاثًا أو أرْباعًا أو نحوَ ذلك ، ويَبِيعَانِ ذلك ، فما قَسَمَ اللهُ تعالى فهو بينهما ، فهى جَائِزَةٌ ، سواءٌ عَيَّنَ أحَدُهما لِصاحِبِه ما يَشْتَرِيهِ ، أو قَدْرَهُ ، أو وَقْتَهُ ، أو ذَكَرَ[٣] صِنْفَ المالِ ، أو لم يُعَيِّنْ شَيْئًا من ذلك ، بل قال : ما اشْتَرَيْتَ من شىءٍ فهو بيننا . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابن منصورٍ : فى رجلَيْنِ اشْتَرَكَا بغير رُءُوسِ أمْوالِهما ، على أنَّ ما يَشْتَرِيه كلُّ واحِدٍ منهما بينهما ، فهو جَائِزٌ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، ومحمدُ بن الحسنِ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الوَقْتَ أو المالَ ، أو صِنْفًا من الثِّيابِ . وقال مالِكٌ والشَّافِعِىُّ : يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شَرَائِط الوَكَالَةِ ؛ [٤] لأنَّ شَرَائِطَ الوَكَالَةِ مُعْتَبَرَةٌ فى ذلك ، من تَعَيُّنِ الجِنْسِ وغيرِه من شَرَائِط الوَكَالَةِ[٤] . ولَنا ، أنَّهما اشْتَرَكَا فى الابْتِياعِ ، وأَذِنَ كلُّ واحِدٍ منهما للآخرِ فيه ،

(٢) فى ا زيادة : « ما » .
(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

فصَحَّ ، وكان ما يَتَبايَعَانِه بينهما ، كما لو ذَكَرَ شَرَائِطَ الوَكَالةِ . وقولُهم : إنَّ الوَكَالَةَ لا تَصِحُّ حتى يَذْكُرَ قَدْرَ الثَّمَنِ والنَّوْعَ . مَمْنُوعٌ على رِوَايَةٍ لنا ، وإن سَلَّمْنَا ذلك ، فإنَّما يُعْتَبَرُ فى الوَكَالَةِ / المُفْرَدَةِ ، أما الوَكَالَةُ الدَّاخِلَةُ فى ضِمْنِ الشَّرِكَةِ فلا يُعْتَبَرُ فيها ذلك ، ١٣٧/٤ظ بِدَلِيلِ المُضارَبَةِ وشَرِكَةِ العِنَانِ ، فإنَّ فى ضِمْنِهِما[٥] تَوْكِيلًا ، ولا يُعْتَبَرُ فيها شىءٌ من هذا ، كذا هٰهُنا . فعلى هذا إذا قال لِرَجُلٍ : ما اشْتَرَيْتَ اليوم من شىءٍ ، فهو بَيْنِى وبَيْنكَ نِصْفَانِ . أو أطْلَقَ الوَقْتَ ، فقال : نعم . أو قال : ما اشْتَرَيْتُ أنا من شىءٍ ، فهو بَيْنِى وبَيْنكَ نِصْفَانِ . جازَ ، وكانت شَرِكَةً صَحِيحَةً ؛ لأنَّه أُذِنَ له فى التِّجارَةِ على أن يكونَ المَبِيعُ بينهما ، وهذا مَعْنَى الشَّرِكَةِ ، ويكونُ تَوْكِيلًا له[٦] فى شِرَاءِ نِصْفِ المَتَاعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، فيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ فى مُقابَلَةِ مِلْكِه الحاصِلِ فى المَبِيعِ ، سواءٌ خَصَّ ذلك بِنَوْعٍ من المَتَاعِ أو أطْلَقَ . وكذلك إذا قالا[٧] : ما اشْتَرَيْناهُ أو ما اشْتَراهُ أحَدُنا من تِجارَةٍ فهو بيننا . فهو شَرِكَةٌ صَحِيحَةٌ ، وهما فى تَصَرُّفاتِهِما ، وما يَجِبُ لهما وعليهما ، وفى إقْرارِهِما ، وخُصُومَتِهِما ، وغيرِ ذلك ، بِمَنْزِلَةِ شَرِيكَيِ العِنَانِ ، على ما سَنَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . وأيُّهما عَزَلَ صاحِبَهُ عن التَّصَرُّفِ ، انْعَزَلَ ؛ لأنَّه وَكِيلُه . وسُمِّيَتْ هذه شَرِكَةَ الوُجُوهِ ، لأنَّهما يَشْتَرِكانِ فيما يَشْتَرِيانِ بجَاهِهِما ، والجاهُ والوَجْهُ واحِدٌ ، يُقال : فلانٌ وَجِيهٌ . إذا كان ذا جَاهٍ ، قال اللهُ تعالى فى موسى عليه السَّلَامُ : ﴿ وَكَانَ عِندَ ٱللَّهِ وَجِيهًا ﴾[٨] . وفى بعضِ الآثارِ ، أنَّ موسى عليه السَّلَامُ ، قال : يا رَبِّ ، إن كان قد خَلَقَ[٩] جَاهِى عِنْدَكَ ، فأسْأَلُكَ بِحَقِّ النَّبِىِّ الأُمِّىِّ الذى تَبْعَثُه فى آخِرِ الزَّمَانِ . فأوْحَى اللهُ تعالى إليه : ما خَلَقَ جَاهُكَ عِنْدِى ، وإنَّكَ عِنْدِى لَوَجِيهٌ .

فصل : القِسْمُ الثانى ، أن يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بمَالَيْهِما . وهذا النَّوْعُ الثَّالِثُ من أنْواعِ

---

(٥) فى م : « ضمنها » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى ا ، ب : « قال » .

(٨) سورة الأحزاب ٦٩ .

(٩) خلق : بَلِىَ .

الشَّرِكَةِ ، وهى شَرِكَةُ العِنَانِ . ومَعْناهَا : أن يَشْتَرِكَ رَجُلَانِ بمَالَيْهِما على أن يَعْمَلَا فيهما[10] ، بأبْدَانِهما ، والرِّبْحُ بينهما . وهى جَائِزَةٌ بالإِجْماعِ . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ . وإنَّما اخْتُلِفَ فى بعضِ شُرُوطِها ، واخْتُلِفَ فى عِلَّةِ تَسْمِيَتِها شَرِكَةَ العِنَانِ ، فقِيلَ : سُمِّيَتْ بذلك لأنَّهما يَتَسَاوَيانِ فى المالِ والتَّصَرُّفِ ، كالفَارِسَيْنِ إذا سَوَّيَا بين فَرَسَيْهِما ، وتَسَاوَيا فى السَّيْرِ ، فإنَّ عِنَانَيْهِما يكُونانِ سَوَاءً . وقال الفَرَّاءُ : هى مُشْتَقَّةٌ من عَنَّ الشىءُ إذا عَرَضَ ، يقال : عَنَّتْ لى حَاجَةٌ . إذا عَرَضَتْ ، فَسُمِّيَتِ الشَّرِكَةُ بذلك ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما عَنَّ له أن يُشَارِكَ صَاحِبَهُ . وقيل : هى مُشْتَقَّةٌ من المُعَانَنَةِ[11] ، وهى المُعَارَضَةُ ، يقال : عانَنْتُ[12] فُلَانًا . إذا عَارَضْتَه بمِثْلِ مَالِه وأفْعَالِه . فكُلُّ واحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ مُعَارِضٌ لِصَاحِبِه بمالِه وفِعَالِه . وهذا يَرْجِعُ إلى قولِ الفَرَّاءِ .

١٣٨/٤ و

فصل : / ولا خِلَافَ فى أنَّه يجوزُ جَعْلُ رَأْسِ المالِ الدَّرَاهِمَ والدَّنَانِيرَ ، فإنَّهما[13] قِيَمُ الأَمْوالِ وأثْمَانُ البِيَاعاتِ ، والناسُ يَشْتَرِكُون بها من لَدُنِ النبىِّ ﷺ إلى زَمَنِنَا من غيرِ نَكِيرٍ . فأمَّا العُرُوضُ ، فلا تجوزُ الشَّرِكَةُ فيها ، فى ظَاهِرِ المَذْهَبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ وحَرْبٍ . وحَكاهُ عنه ابنُ المُنْذِرِ . وكَرِهَ ذلك ابنُ سِيرِينَ ، ويحيى بن أبى كَثِيرٍ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ إمَّا أن تَقَعَ على أعْيَانِ العُرُوضِ أو قِيمَتِها أو أثْمانِها ، لا يجوزُ وُقُوعُها على أعْيانِها ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِى الرُّجُوعَ عندَ المُفَاصَلَةِ برَأسِ المالِ أو بمِثْلِه ، وهذه لا مِثْلَ لها ، فيُرْجَعُ إليه ، وقد تَزِيدُ قِيمَةُ جِنْسِ أحَدِهما دونَ الآخرِ ، فيَسْتَوْعِبُ بذلك جَمِيعَ الرِّبْحِ أو جَمِيعَ المالِ ، وقد تَنْقُصُ قِيمَتُه ، فيُؤَدِّى إلى أن يُشَارِكَهُ الآخَرُ فى ثَمنِ مِلْكِه الذى ليس برِبْحٍ ، ولا على قِيمَتِها ؛ لأنَّ القِيمَة غيرُ مُتَحقِّقَةِ القَدْرِ ، فيُفْضِى إلى التَّنَازُعِ ، وقد يُقَوَّمُ الشىءُ بأكْثَرَ من

---

(١٠) فى ب : « فيها » .

(١١) فى النسخ : « المعانتة » .

(١٢) فى النسخ : « عانت » .

(١٣) فى ا ، م : « فإنها » .

قِيمَتِه ، ولأنَّ القِيمَةَ قد تَزِيدُ فى أحَدِهِما قبلَ بَيْعِه ، فيُشارِكُه الآخَرُ فى العَيْنِ المَمْلُوكَةِ له ، ولا يجوزُ وُقُوعُها على أثْمانِها ؛ لأنَّها مَعْدُومَةٌ حالَ العَقْدِ ولا يَمْلِكانِها ، ولأنَّه[14] إن أرادَ ثَمَنَها الذى اشْتَراهَا به ، فقد خَرَجَ عن مِلْكِه[15] وصارَ لِلْبائِعِ ، وإن أرادَ ثَمَنَها الذى يَبِيعُها به ، فإنَّها تَصِيرُ شَرِكَةً مُعَلَّقَةً على شَرْطٍ ، وهو بَيْعُ الأعْيانِ ، ولا يجوزُ ذلك . وعن أحمدَ رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشَّرِكَةَ والمُضَارَبَةَ تجوزُ بالعُرُوضِ ، وتُجْعَلُ قِيمَتُها وَقْتَ العَقْدِ رَأْسَ المالِ . قال أحمدُ : إذا اشْتَرَكَا فى العُرُوضِ ، يُقَسَّمُ الرِّبْحُ على ما اشْتَرَطَا . وقال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن المُضَارَبَةِ بالمَتَاعِ ؟ فقال : جائِزٌ . فظَاهِرُ هذا صِحَّةُ الشَّرِكَةِ بها . اخْتارَ هذا أبو بكرٍ ، وأبو الخَطَّابِ . وهو قولُ مالِكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى . وبه قال فى المُضَارَبَةِ طَاوُسٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الشَّرِكَةِ جَوَازُ تَصَرُّفِهما فى المَالَيْنِ جَمِيعًا ، وكَوْنُ رِبْحِ المالَيْنِ[16] بينهما ، وهذا يَحْصُلُ فى العُرُوضِ كَحُصُولِه فى الأثْمانِ ، فيَجِبُ أن تَصِحَّ الشَّرِكَةُ والمُضَارَبَةُ بها ، كالأثْمانِ . ويَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما عندَ المُفَاصَلَةِ بِقِيمَةِ مَالِه عند العَقْدِ ، كما أنَّنا جَعَلْنَا نِصَابَ زَكَاتِها قِيمَتَها . وقال الشَّافِعِىُّ : إن كانت العُرُوضُ من ذَوَاتِ الأمْثالِ ؛ كالحُبُوبِ والأدْهانِ ، جَازَتِ الشَّرِكَةُ بها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها من ذَوَاتِ الأمْثالِ ، أشْبَهَتِ النُّقُودَ ، ويَرْجِعُ / عند المُفَاصَلَةِ بِمِثْلِها . وإن لم تَكُنْ من ذَوَاتِ الأمْثَالِ ، لم يَجُزْ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه لا يمكنُ الرُّجُوعُ بِمِثْلِها . ولَنا ، أنَّه نَوْعُ شَرِكَةٍ ، فاسْتَوَى فيها مَالَهُ مِثْلٌ من العُرُوضِ وما لا مِثْلَ له ، كالمُضَارَبَةِ ، وقد سَلَّمَ أنَّ المُضَارَبَةَ لا تجوزُ بشىءٍ من العُرُوضِ ، ولأنَّها ليست بِنَقْدٍ ، فلم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ بها ، كالذى لا مِثْلَ له .

١٣٨/٤ ظ

---

(١٤) فى ا : « ولأنها » .

(١٥) فى الأصل ، م : « مكانه » .

(١٦) فى الأصل : « المال » .

فصل : والحُكْمُ فى النُّقْرَةِ[17] كالحُكْمِ فى العُرُوضِ ؛ لأنَّ قِيمَتَها تَزِيدُ وتَنْقُصُ ، فهى كالعُرُوضِ . وكذلك الحُكْمُ فى المَغْشُوشِ من الأثْمانِ ، قَلَّ الغِشُّ أو كَثُرَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الغِشُّ أقَلَّ من النِّصْفِ ، جازَ ، وإن كَثُرَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بالغَالِبِ فى كَثِيرٍ من الأُصُولِ . ولَنا ، أنَّها مَغْشُوشَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو كان الغِشُّ أكْثَرَ ، ولأنَّ قِيمَتَها تَزِيدُ وتَنْقُصُ ، أشْبهَتِ العُرُوضَ . وقولُهم : الاعْتِبارُ بالغالِبِ . ليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّ الفِضَّةَ إذا كانت أقَلَّ ، لم يَسْقُطْ حُكْمُها فى الزَّكاةِ ، وكذلك الذَّهَبُ ، اللهمَّ إلَّا أن يكونَ الغِشُّ قَلِيلًا جدًّا لِمَصْلَحَةِ النَّقْدِ ، كيَسِيرِ الفِضَّةِ فى الدِّينارِ ، مثل الحَبَّةِ ونحوِها ، فلا اعْتِبارَ به ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا يُؤَثِّرُ فى الرِّبَا ، ولا فى غيرِه .

فصل : ولا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بالفُلُوسِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ القاسِمِ صَاحِبُ مالِكٍ . ويَتَخَرَّجُ الجَوازُ إذا كانت نَافِقَةً ؛ فإنَّ أحمدَ قال : لا أرَى السَّلَمَ فى الفُلُوسِ ؛ لأنَّه يُشْبِهُ الصَّرْفَ . وهذا قولُ محمدِ بن الحسنِ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّها ثَمَنٌ ، فجازَتِ الشَّرِكَةُ بها ، كالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ . ويَحْتَمِلُ جَوازُ الشَّرِكَة بها على كُلِّ حالٍ ، نافِقَةً كانت أو غيرَ نَافِقَةٍ ، بِناءً على جَوازِ الشَّرِكَةِ بالعُرُوضِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّها تَنْفُقُ مَرَّةً وتَكْسُدُ أُخْرَى ، فأشْبَهَتِ العُرُوضَ ، فإذا قُلْنا بِصِحَّةِ الشَّرِكَةِ بها[18] ، فإنَّها إن كانت نَافِقَةً كان رَأْسُ المالِ مِثْلَها ، وإن كانت كاسِدَةً ، كانت قِيمَتُها كالعُرُوضِ .

فصل : ولا يجوزُ أن يكونَ رَأْسُ مالِ الشَّرِكَةِ مَجْهُولًا ، ولا جُزَافًا ؛ لأنَّه لا بُدَّ من الرُّجُوعِ به عند المُفَاصَلَةِ ، ولا يُمْكِنُ مع الجَهْلِ والجُزَافِ . ولا يجوزُ بمالٍ غائِبٍ ، ولا دَيْنٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّصَرُّفُ فيه فى الحالِ ، وهو مَقْصُودُ الشَّرِكَةِ .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِها اتِّفَاقُ المالَيْنِ فى الجِنْسِ ، بل يجوزُ أن يُخْرِجَ أحَدُهما

---

(١٧) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(١٨) فى ب ، م : « فيها » .

١٣٩/٤و دَرَاهِمَ والآخَرُ / دَنَانِيرَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ إلَّا أن يَتَّفِقَا فى مالٍ واحِدٍ ، بِنَاءً على أنَّ خَلْطَ المالَيْنِ شَرْطٌ ، ولا يُمْكِنُ إلَّا فى المالِ الواحِدِ . ونحن لا نَشْتَرِطُ ذلك ، ولأنهما من جِنْسِ الأَثْمانِ ، فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ فيهما ، كالجِنْسِ الواحِدِ ، ومتى تَفَاصَلَا ، رجع[19] هذا بِدَنَانِيرِه ، وهذا بِدَرَاهِمِه ، ثم اقْتَسَما الفَضْلَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : يَرْجِعُ هذا بِدَنَانِيرِه ، وهذا بِدَرَاهِمِه . وقال : كذا يقولُ[20] محمدٌ والحَسَنُ ، وقال القاضى : إذا أرَادَا المُفَاصَلَةَ ، قَوَّمَا المَتَاعَ بنَقْدِ البَلَدِ ، وقَوَّمَا مالَ الآخَرِ به ، ويكونُ التَّقْوِيمُ حين صَرَفَا الثمنَ فيه . ولَنا ، أنَّ هذه شَرِكَةٌ صَحِيحَةٌ ، رَأْسُ المالِ فيها الأَثْمانُ ، فيكونُ الرُّجُوعُ بجِنْسِ رَأْسِ[21] المالِ ، كما لو كان الجِنْسُ[22] واحِدًا .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ تَسَاوِى المالَيْنِ فى القَدْرِ . وبه قال الحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِىِّ : يُشْتَرَطُ ذلك . ولَنا ، أنَّهما مَالَانِ من جِنْسِ الأَثْمانِ ، فجازَ عَقْدُ الشَّرِكَةِ عليهما ، كما لو تَسَاوَيَا .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ اخْتِلَاطُ المالَيْنِ ، إذا عَيَّنَاهُما وأَحْضَرَاهُما . وبهذا قال أبو حنيفةَ ومالِكٌ ، إلَّا أنَّ مالِكًا شَرَطَ أن تكونَ أَيْدِيهما عليه ، بأن يَجْعَلَاهُ فى حانُوتٍ لهما ، أو فى يَدِ وَكِيلِهما . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ حتى يَخْلِطَا[23] المالَيْنِ ؛ لأنَّهما إذا لم يَخْلِطَاهُما فمالُ كلِّ واحِدٍ منهما يَتْلَفُ منه دونَ صَاحِبِه ، أو يَزِيدُ له دون صَاحِبِه ، فلم تَنْعَقِد الشَّرِكَةُ ، كما لو كان من المَكِيلِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به الرِّبْحُ ، فلم يُشْتَرَطْ فيه

---

(١٩) فى ب ، م : « يرجع » .
(٢٠) فى الأصل : « يقوله » .
(٢١) سقط من : الأصل ، ا .
(٢٢) سقط من : ا .
(٢٣) فى الأصل : « يخلط » .

خَلْطُ المالِ ، كالمُضارَبةِ ، ولأنَّه عَقْدٌ على التَّصرُّفِ ، فلم يكُنْ من شَرْطِه الخَلْطُ كالوَكالَةِ . وعلى مالِكٍ ، فلم يَكُنْ مِن[24] شَرْطِه أن تكونَ أيْدِيهما عليه ، كالوَكالَةِ . وقولُهم : إنَّه يَتْلَفُ من مالِ صاحِبِه ، أو يَزِيدُ على مِلْكِ صَاحِبِه . مَمْنُوعٌ ، بل ما[25] يَتْلَفُ من مَالِهِما وزِيَادَتُه لهما ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ اقْتَضَتْ ثُبُوتَ المِلْكِ لكلِّ واحدٍ منهما فى نِصْفِ مالِ صَاحِبِه ، فيكونُ تَلَفُه منهما ، وزِيَادَتُه لهما[26] . وقال أبو حنيفةَ : متى تَلِفَ أحدُ المالَيْنِ ، فهو من ضَمَانِ صَاحِبِه . ولَنا ، أنَّ الوَضِيعَةَ والضَّمانَ أحَدُ مُوجِبَيِ الشَّرِكَةِ ، فتَعَلَّقَ بالشَّرِيكَيْنِ ، كالرِّبْحِ ، وكما لو اخْتَلَطَا .

فصل : ومتى وَقَعَتِ الشَّرِكَةُ فاسِدَةً ، فإنَّهما / يَقْتَسِمانِ الرِّبْحَ على قَدْرِ رُءُوسِ[27] أمْوالِهما ، ويَرْجِعُ كُلُّ واحِدٍ منهما على الآخرِ بأَجْرِ عَمَلِه . نَصَّ عليه أحمدُ فى المُضَارَبَةِ . واخْتارَه القاضى . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المُسَمَّى يَسْقُطُ فى العَقْدِ الفاسِدِ ، كالبَيْعِ الفاسِدِ إذا تَلِفَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، إلَّا أن يكونَ مالُ كلِّ واحِدٍ منهما مُتَمَيِّزًا[28] ورِبْحُه مَعْلُومًا ، فيكونَ له رِبْحُ مَالِه . ولو رَبِحَ فى جُزْءٍ منه رِبْحًا مُتَمَيِّزًا وباقِيه مُخْتَلِطٌ ، كان له ما تَمَيَّزَ من رِبْحِ مَالِه ، وله بِحِصَّتِه بَاقِى مَالِه من الرِّبْحِ . واخْتارَ الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ أنَّهما يَقْتَسِمانِ الرِّبْحَ على ما شَرَطاهُ ، ولا يَسْتَحِقُّ أحدُهما على الآخرِ أَجْرَ عَمَلِه . وأجْراها مَجْرَى الصَّحِيحَةِ فى جَمِيعِ أحْكامِها . قال : لأنَّ أحمدَ قال : إذا اشْتَرَكا فى العُرُوضِ ، قُسِّمَ الرِّبْحُ على ما اشْتَرَطاهُ . واحْتَجَّ بأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ مع الجَهالَةِ ، فيَثْبُتُ المُسَمَّى فى فاسِدِه ، كالنِّكاحِ . والمذهبُ الأوَّلُ . قالَه القاضِى . وكلامُ أحمدَ مَحْمُولٌ على الرِّوايةِ الأُخْرَى فى تَصْحِيحِ المُضارَبَةِ بالعُرُوضِ ، لأنَّ الأصْلَ كونُ رِبْحِ مالِ كلِّ واحِدٍ لمَالِكِه ؛ لأنَّه نَماؤُه ، وإنَّما تُرِكَ ذلك بالعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فإذا لم يكُنِ العَقْدُ صَحِيحًا ، بَقِىَ الحُكْمُ على مُقْتَضَى الأصْلِ ، كما أنَّ البَيْعَ إذا كان فَاسِدًا لم

٤/١٣٩ظ

---

(٢٤) فى ب ، م : « لمن » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٦) فى ا ، ب ، م : « لها » .

(٢٧) فى ب ، م : « رأس » .

(٢٨) فى ب ، م : « مميزا » .

يَنْقُلْ مِلْكَ كلِّ واحِدٍ من المُتَبَايِعَيْنِ عن مَالِه .

فصل : وشَرِكَةُ العِنَانِ مَبْنِيَّةٌ على الوَكَالَةِ والأَمَانَةِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما بدَفْعِ المالِ إلى صَاحِبِه أَمِنَهُ ، وبإذْنِه له فى التَّصرُّفِ وَكَّلَهُ . ومن شَرْطِ صِحَّتِها أن يَأْذَنَ كلُّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبِه فى التَّصرُّفِ ، فإن أَذِنَ له مُطْلَقًا فى جَمِيعِ التِّجارَاتِ ، تَصرَّفَ فيها ، وإن عَيَّنَ له جِنْسًا أو نَوْعًا أو بَلَدًا ، تَصرَّفَ فيه دونَ غيرِه ؛ لأنَّه مُتَصرِّفٌ بالإِذْنِ ، فوَقَفَ عليه ، كالوَكِيلِ . ويجوزُ لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ مُسَاوَمَةً ومُرَابحةً وتَوْلِيَةً ومُوَاضَعَةً ، وكيف رَأَى المَصْلَحَةَ ؛ لأنَّ هذا عَادَةُ التُّجَّارِ . وله أن يَقْبِضَ المَبِيعَ والثَّمَنَ ، ويُقْبِضَهُما ، ويُخَاصِمَ[٢٩] فى الدَّيْنِ ، ويُطَالِبَ به ، ويُحِيلَ ، ويَحْتَالَ ، ويَرُدَّ بالعَيْبِ فيما وَلِيَهُ هو ، وفيما وَلِىَ صَاحِبُه . وله أن يَسْتَأْجِرَ من رَأْسِ مالِ الشَّرِكَةِ ويُؤْجِرَ ؛ لأنَّ المَنَافِعَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأَعْيانِ ، فصَارَ كالشِّرَاءِ والبَيْعِ ، والمُطَالَبَةُ بالأَجْرِ لهما وعليهما ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ لا تَخْتَصُّ العَاقِدَ .

فصل : وليس له أن يُكَاتِبَ الرَّقِيقَ ، ولا يَعْتِقَ على مالٍ ولا غيرِه ، ولا يُزَوِّجَ الرَّقِيقَ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَنْعَقِدُ / على التِّجارَةِ ، وليست هذه الأَنْواعُ تِجارَةً ، سِيَّما تَزْوِيجُ العَبْدِ ، فإنَّه مَحْضُ ضَرَرٍ . وليس له أن يُقْرِضَ ولا يُحَابِىَ ؛ لأنَّه تَبرُّعٌ . وليس له التَّبرُّعُ . وليس له أن يُشَارِكَ بمالِ الشَّرِكَةِ ، ولا يَدْفَعَه مُضَارَبَةً ؛ لأنَّ ذلك يُثْبِتُ فى المالِ حُقُوقًا ، ويُسْتَحَقُّ رِبْحُه لغيرِه ، وليس ذلك له . وليس له أن يَخْلِطَ مَالَ الشَّرِكَةِ بمَالِه ، ولا مَالِ غيرِه ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ إيجَابَ حُقُوقٍ فى المالِ ، وليس هو من التِّجَارَةِ المَأْذُونِ فيها . ولا يَأْخُذُ بالمالِ سُفْتَجَةً[٣٠] ، [٣١]ولا يُعْطِى به سُفْتَجَةً[٣١] ؛ لأنَّ فى ذلك خَطَرًا لم يُؤْذَنْ فيه . وليس له أن يَسْتَدِينَ على مالِ الشَّرِكَةِ ، فإن فَعَلَ فذلك له ، وله رِبْحُه وعليه وَضِيعَتُه . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ صَالِحٍ ، فى مَن اسْتَدَانَ فى المالِ بوَجْهِه أَلْفًا : فهو له ، ورِبْحُه له والوَضِيعَةُ عليه . وقال القاضى : إذا اسْتَقْرَضَ شيئًا ، لَزِمَهُما ، ورِبْحُه لهما ؛ لأنَّه تَمْلِيكُ مالٍ بمالٍ ، فهو

٤/١٤٠و

---

(٢٩) فى ب زيادة : « به » .

(٣٠) السفتجة : أن يعطى مالا لآخر وللآخر مال فى بلد المعطى ، فيوفيه إياه ثَمَّ ، فيستفيد أمن الطريق .

(٣١ – ٣١) سقط من : الأصل ، ا .

كالصَّرْفِ[٣٢] . ونَصُّ أحْمَدَ يُخَالِفُ هذا . ولأنَّه أُدْخَلَ في الشَّرِكَةِ أكْثَرَ ممَّا رَضِيَ الشَّرِيكُ بالمُشَارَكَةِ فيه ، فلم يَجُزْ ، كما لو ضَمَّ إليها ألْفًا من مَالِه . ويُفَارِقُ الصَّرْفَ ؛ لأنَّه بَيْعٌ وإبْدالُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ ، فهو كبَيْعِ الثِّيابِ بالدَّرَاهِمِ . وليس له أن يُقِرَّ على مالِ الشَّرِكَةِ ، فإن فَعَلَ لَزِمَ في حَقِّهِ دون صَاحِبِه ، سواءٌ أقَرَّ بعَيْنٍ أو دَيْنٍ ؛ لأنَّ شَرِيكَه إنَّما أَذِنَ له[٣٣] في التِّجَارَةِ ، وليس الإقْرَارُ داخِلًا فيها . وإن أقَرَّ بِعَيْبٍ في عَيْنٍ بَاعَها ، قُبِلَ إقْرَارُهُ ، وكذلك يُقْبَلُ إقْرَارُ الوَكِيلِ على مُوَكِّلِه بالعَيْبِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وكذلك إن أقَرَّ بِبَقِيَّةِ ثَمَنِ المَبيعِ[٣٤] ، أو بجَمِيعِه ، أو بأَجْرِ المُنَادِي[٣٥] أو الحَمَّالِ ، وأشْبَاهِ هذا ، يَنْبَغِي أن يُقْبَلَ ؛ لأنَّ هذا من تَوابِعِ التِّجَارَةِ ، فكان له ذلك ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ وأداءِ ثَمَنِه . وإن رُدَّت السِّلْعَةُ عليه بعَيْبٍ ، فله أن يَقْبَلَها . وله أن يُعْطِيَ أرْشَ العَيْبِ ، أو يَحُطَّ من ثَمَنِه ، أو يُؤَخِّرَ ثَمَنَه لأجْلِ العَيْبِ ؛ لأنَّ ذلك قد يكونُ أحَظَّ من الرَّدِّ ، وإن حَطَّ من الثمَنِ ابْتِداءً ، أو أسْقَطَ دَيْنًا لهما عن غَرِيمِهما ، لَزِمَ في حَقِّه ، وبَطَلَ في حَقِّ شَرِيكِه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، والتَّبَرُّعُ يجوزُ في حَقِّ نَفْسِه دون شَرِيكِه . وإن كان لهما دَيْنٌ حَالٌّ ، فأخَّرَ أحَدُهما حِصَّتَهُ من الدَّيْنِ ، جَازَ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ . ولَنا ، أنَّه أسْقَطَ حَقَّهُ من المُطَالَبَةِ ، فصَحَّ أن يَنْفَرِدَ أحَدُهما به ، كالإبْرَاءِ .

فصل : وهل لأحَدِهما أن يَبِيعَ نَسَاءً ؟ يُخَرَّجُ على رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً على الوَكِيلِ والمُضَارِبِ . وسَنَذْكُرُ ذلك . وإن اشْتَرَى / نَسَاءً بنَقْدٍ عندَهُ مِثْلُه ، أو نَقْدٍ من غيرِ جِنْسِه ، أو اشْتَرَى بشيءٍ من ذَوَاتِ الأمْثَالِ وعنده مِثْلُه ، جَازَ ؛ لأنَّه إذا اشْتَرَى بجِنْسِ ما عنده ، فهو يُؤَدِّي ممَّا في يَدَيْهِ ، فلا يُفْضِي إلى الزِّيَادَةِ في الشَّرِكَةِ . وإن لم يكُنْ في يَدِه

١٤٠/٤ ظ

---

(٣٢) في م : « كالصراف » .
(٣٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .
(٣٤) في ب ، م : « البيع » .
(٣٥) في ا ، ب ، م : « للمنادى » .

نَقْدٌ ولا مِثْلِىٌّ من جِنْسِ ما اشْتَرَى به ، أو كان عنده عَرْضٌ فاسْتَدانَ عَرْضًا ، فالشِّرَاءُ له خَاصَّة ، ورِبْحُه له ، وضَمَانُه عليه ؛ لأنَّه اسْتَدَانَه على مالِ الشَّرِكَةِ ، وليس له ذلك ، على ما أسْلَفْناهُ . والأَوْلَى أنَّه متى كان عنده من مالِ الشَّرِكَةِ ما يُمَكِّنُه من[36] أداءِ الثَّمنِ منه ببَيْعِه ، أنَّه يجوزُ ؛ لأنَّه أمْكَنَهُ أداءُ الثَّمنِ من مالِ الشَّرِكَةِ ، فأشْبَهَ مالو كان عنده نَقْدٌ ، ولأنَّ هذا عَادَةُ التُّجّارِ ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه . وهل له أن يُبْضِعَ أو يُودِعَ ؟ على روايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، له ذلك ؛ لأنَّه عَادَةُ التُّجّارِ ، وقد تَدْعُو الحاجَةُ إلى الإيدَاعِ . والثانية ، لا يجُوزُ ؛ لأنَّه ليس من الشَّرِكَةِ ، وفيه غَرَرٌ . والصَّحِيحُ أنَّ الإيداعَ يجوزُ عندَ الحاجَةِ إليه ؛ لأنَّه من ضَرُورَةِ الشَّرِكَةِ ، أشْبَهَ دَفْعَ المَتَاعِ إلى الحَمَّالِ . وفى التَّوْكِيلِ فيما يَتَوَلَّى مثله بنَفْسِه وَجْهانِ ، بِنَاءً على الوَكِيلِ . وقيل : يجوزُ للشَّرِيكِ التَّوْكِيلُ ، بخِلَافِ الوَكِيلِ ؛ لأنَّه لو جَازَ لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلُ ، لَاسْتَفادَ بحُكْمِ العَقْدِ مثلَ العَقْدِ ، والشَّرِيكُ يَسْتَفِيدُ بعَقْدِ الشَّرِكَةِ ما هو أخَصُّ منه ودُونَه ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ أخَصُّ من عَقْدِ الشَّرِكَةِ . فإن وَكَّلَ أحَدُهُما ، مَلَكَ الآخَرُ عَزْلَهُ ؛ لأنَّ لكلِّ واحِدٍ منهما التَّصَرُّفَ فى حَقِّ صاحِبِه بالتَّوْكِيلِ ، فكذلك بالعَزْلِ . وهل لأحَدِهِما أن يَرْهَنَ بالدَّيْنِ الذى عليهما ، أو يَرْتَهِنَ[37] بالدَّيْنِ الذى لهما ؟ على وَجْهَيْنِ ، أصَحُّهُما ، أنَّ له ذلك عندَ الحاجَةِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ يُرَادُ للإيفَاءِ ، والارْتِهانُ يُرَادُ للاسْتِيفاءِ ، وهو يَمْلِكُ الإيفَاءَ والاسْتِيفاءَ ، فملَكَ ما يُرَادُ لهما . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ فيه خَطَرًا . ولا فَرْقَ بين أن يكونَ مِمَّنْ وَلِىَ العَقْدَ ، أو مِن غيرِه ، لكَوْنِ القَبْضِ من حُقُوقِ العَقْدِ ، وحُقُوقُ العَقْدِ لا تَخْتَصُّ العاقِدَ ، فكذلك ما يُرَادُ له . وهل له السَّفَرُ بالمالِ ؟ فيه وَجْهانِ ، نَذْكُرُهُما فى المُضَارَبَةِ . فأمَّا الإقَالَةُ ، فالأَوْلَى أنَّه يَمْلِكُها ؛ لأنَّها إن كانت بَيْعًا فهو يَمْلِكُ البَيْعَ ، وإن كانت فَسْخًا فهو يَمْلِكُ الفَسْخَ بالرَّدِّ بالعَيْبِ ، إذا رأى المَصْلَحَةَ فيه ، فكذلك يَمْلِكُ[38] الفَسْخَ

---

(٣٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٧) فى ب ، م : « يرهن » .

(٣٨) سقط من : م .

بالإقَالةِ إذا كان الحَظُّ فيه ، فإنَّه قد يَشْتَرِى ما يَرَى أنَّه قد غُبِنَ فيه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَها إذا قُلْنا : هى / فَسْخٌ ، لأنَّ الفَسْخَ ليس من التِّجارَةِ . وإن قال له : اعْمَلْ برأْيِكَ . جَازَ له أن يَعْمَلَ كُلَّ ما يَقَعُ فى التِّجارَةِ ، من الإبْضَاعِ ، والمُضَارَبَةِ بالمالِ [٣٩] ، والمُشَارَكَةِ به ، وخَلْطِه بمالِه ، والسَّفَرِ به ، والإيداعِ ، والبَيْعِ نَسَاءً ، والرَّهْنِ ، والارْتِهانِ ، والإقَالَةِ ، ونحوِ ذلك ؛ لأنَّه فَوَّضَ إليه الرَّأْىَ فى التَّصَرُّفِ الذى تَقْتَضِيه الشَّرِكَةُ ، فجازَ له كلُّ ما هو من التِّجارَةِ . فأمَّا ما كان تَمَسُّكًا [٤٠] بغيرِ عِوَضٍ ، كالهِبَةِ ، والحَطِيطَةِ لغيرِ فائِدَةٍ ، والقَرْضِ ، والعِتْقِ ، ومُكَاتَبَةِ الرَّقِيقِ ، وتَزْوِيجِهِم ، ونحوِه ، فليس له فِعْلُه ؛ لأنَّه إنما فَوَّضَ إليه العَمَلَ برأْيِه فى التِّجَارَةِ ، وليس هذا منها .

فصل : وإن أخَذَ أحَدُهما مالًا مُضَارَبَةً ، فرِبْحُه له ، ووَضِيعَتُه عليه ، دونَ صَاحِبِه ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ ذلك فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه ، وليس ذلك من المالِ الذى اشْتَرَكَا فيه . وقد قال أصْحابُنا فى المُضَارَبَةِ : إذا ضَارَبَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، رَدَّ ما حَصَلَ من الرِّبْحِ فى شَرِكَةِ الأَوَّلِ ، إذا كان فيه ضَرَرٌ على الأَوَّلِ . فيَجِىءُ هٰهُنا مثلُه .

فصل : والشَّرِكَةُ من العُقُودِ الجائِزَةِ ، تَبْطُلُ بمَوْتِ أحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، وجُنُونِه ، والحَجْرِ عليه للسَّفَهِ ، وبالفَسْخِ من أحَدِهما ؛ لأنَّها عَقْدٌ جائِزٌ ، فبَطَلَتْ بذلك ، كالوَكَالِة ، وإن عَزَلَ أحَدُهما صَاحِبَه ، انْعَزَلَ المعْزُولُ [٤١] فلم يكُنْ له أن يَتَصَرَّفَ إلَّا فى قَدْرِ نَصِيبِه ، وللعازِلِ التَّصَرُّفُ فى الجَمِيعِ ؛ لأنَّ المَعْزُولَ لم يَرْجِعْ عن إذْنِه . هذا إذا كان المالُ [٤٢] نَاضًّا [٤٣] ، وإن كان عَرْضًا ، فذَكَرَ القاضى أنَّ ظَاهِرَ كلامِ أحْمَدَ ، أنَّه لا يَنْعَزِلُ بالعَزْلِ ، وله التَّصَرُّفُ حتى يَنِضَّ المالُ ، كالمُضَارِبِ إذا عَزَلَهُ رَبُّ المالِ ، ويَنْبَغِى أن يكونَ له التَّصَرُّفُ بالبَيْعِ دون المُعَاوَضَةِ بسِلْعَةٍ أُخْرَى ، أو التَّصَرُّفِ بغيرِ ما يَنِضُّ به

---

(٣٩) سقط من : الأصل .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) فى م : « المعزل » .

(٤٢) سقط من : ا .

(٤٣) النَّاضّ : الدرهم والدينار .

المالُ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّه يَنعَزِلُ[٤٤] مُطْلَقًا . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فأشْبَهَ الوَكَالَةَ . فعلى هذا إن اتَّفَقَا على البَيْعِ أو القِسْمَةِ ، فَعَلَا . وإن طَلَبَ أحَدُهما القِسْمَةَ والآخَرُ البَيْعَ ، أُجِيبَ طَالِبُ القِسْمَةِ دون طَالِبِ البَيْعِ . فإن قِيلَ : أليس إذا فَسَخَ رَبُّ المالِ المُضَارَبَةَ ، فطَلَبَ العامِلُ البَيْعَ ، أُجِيبَ إليه ؟ فالجوابُ : أنَّ حَقَّ العَامِلِ فى الرِّبْحِ ، ولا يَظْهَرُ الرِّبْحُ إلَّا بالبَيْعِ ، فاسْتَحَقَّهُ العامِلُ لِوُقُوفِ حُصُولِ حَقِّه عليه[٤٥] ، وفى مَسْأَلَتِنَا ، ما يَحْصُلُ من الرِّبْحِ يَسْتَدْرِكُه كُلُّ واحِدٍ منهما فى نَصِيبِه من المَتَاعِ ، فلم / يُجْبَرْ على البَيْعِ . ٤/١٤١ظ

فصل : فإن ماتَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، وله وارِثٌ رَشِيدٌ ، فله أن يُقِيمَ على الشَّرِكَةِ ، ويَأْذَنُ له الشَّرِيكُ فى التَّصَرُّفِ . وله المُطَالَبَةُ بالقِسْمَةِ ، فإن كان مُوَلًّيا عليه قامَ وَلِيُّه مَقَامَهُ فى ذلك ؛ لأنَّه[٤٦] لا يَفْعَلُ إلَّا ما فيه المَصْلَحَةُ لِلْمُوَلَّى عليه . فإن كان المَيِّتُ قد وَصَّى بِمَالِ الشَّرِكَةِ ، أو بِبَعْضِه ، لِمُعَيَّنٍ ، فالمُوصَى له كالوارِثِ فيما ذَكَرْنا . وإن وَصَّى به[٤٧] لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالفُقَراءِ ، لم يَجُزْ لِلْوَصِيِّ الإِذْنُ فى التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه قد وَجَبَ دَفْعُه إليهم ، فيَعْزِلُ نَصِيبَهُم ، ويُفَرِّقُهُ بينهم . وإن كان على المَيِّتِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بتَرِكَتِه ، فليس للوارِثِ إمْضَاءُ الشَّرِكَةِ حتى يَقْضِيَ دَيْنَهُ ، فإن قَضَاهُ من غير مالِ الشَّرِكَةِ ، فله الإِتْمامُ ، وإن قَضَاهُ منه ، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ فى قَدْرِ ما قَضَى .

فصل : القسم الثالث ، أن يَشْتَرِكَ بَدَنٌ ومالٌ . وهذه المُضَارَبَةُ ، وتُسَمَّى قِرَاضًا أيضا ، ومَعْناها أن يَدْفَعَ رَجُلٌ مالَه إلى آخَرَ يَتَّجِرُ له فيه ، على أنَّ ما حَصَلَ من الرِّبْحِ بينهما

---

(٤٤) فى ب ، م : « يعزل » .

(٤٥) سقط من : ا .

(٤٦) فى م : « إلا أنه » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

حسَب ما يَشْتَرِطَانِه ، فأَهْلُ العِرَاقِ يُسَمُّونَـهُ مُضَارَبَـةً ، مَأْخُـوذٌ[48] من الضَّرْبِ فى الأَرْضِ ، وهو السَّفَرُ فيها للتِّجارَةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾[49] . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ من ضَرْبِ كلٍّ واحدٍ منهما فى الرِّبْحِ بسَهْمٍ . ويُسَمِّيهِ أَهْلُ الحِجازِ القِرَاضَ . فقيل : هو مُشْتَقٌّ من القَطْعِ . يُقال : قَرَضَ الفَأْرُ الثَّوْبَ . إذا قَطَعَهُ . فكأَنَّ صَاحِبَ المالِ اقْتَطَعَ من مَالِه قِطْعَةً وسَلَّمَها إلى العامِلِ ، واقْتَطَعَ له قِطْعَةً من الرِّبْحِ . وقيل : اشْتِقاقُه من المُسَاواةِ والمُوازَنةِ . يُقال : تَقَارَضَ الشَّاعِرانِ . إذا وَازَنَ كلُّ واحدٍ منهما الآخَرَ بِشِعْرِه . وهٰهُنا من العامِلِ العَمَلُ ، ومن الآخَرِ المالُ ، فتَوَازَنَا . وأجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على جَوازِ المُضارَبةِ فى الجُمْلةِ . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ عن حُمَيْدِ بن عبدِ اللهِ ، عن أَبِيه ، عن جَدِّه ، أن عُمَرَ بن الخَطَّابِ أَعْطاهُ مالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً يَعْمَلُ به فى العِرَاقِ[50] . ورَوَى مالِكٌ[51] ، عن زَيْدِ بن أَسْلَمَ ، عن أَبِيه : أَنَّ عبدَ اللهِ وعُبَيْدَ اللهِ ابْنَىْ عمرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، خَرَجَا فى جَيْشٍ إلى العِرَاقِ ، فتَسَلَّفَا من أبى مُوسَى مالًا ، وابْتاعَا به مَتَاعًا . وقَدِمَا به إلى المَدِينةِ ، فبَاعَاهُ ، ورَبِحَا فيه ، فأرادَ عُمَرُ أخْذَ رَأْسِ المالِ والرِّبْحِ كلِّه . فقالا : لو تَلِفَ كان ضَمَانُه علينا ، فلِمَ لا يكونُ رِبْحُه / لنا ؟ فقال رَجُلٌ : يا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ ، لو جَعَلْتَهُ قِرَاضًا ؟ قال : قد جَعَلْتُه . وأَخَذَ منهما نِصْفَ الرِّبْحِ . وهذا يَدُلُّ على جَوازِ القِرَاضِ . وعن مالِكٍ[52] ، عن العَلَاءِ بن عبد الرحمنِ ، عن أَبِيه ، عن جَدِّه ، أن عثمانَ قارَضَهُ .

١٤٢/٤ و

---

(٤٨) فى ا ، ب ، م : « مأخوذة » .

(٤٩) سورة المزمل ٢٠ .

(٥٠) ذكر الزيلعى ، أن البيهقى أخرجه فى المعرفة ، من طريق الشافعى ، أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصارى . فساق الأثر . نصب الراية ٤ / ١١٤ ، ١١٥ .

(٥١) أخرجه فى : باب ما جاء فى القراض ، من كتاب القراض . الموطأ ٢ / ٦٨٧ .

وأخرجه أيضا الدارقطنى فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٦٣ . والبيهقى ، فى : كتاب القراض . السنن الكبرى ٦ / ١١٠ .

(٥٢) أخرجه فى : باب ما جاء فى القراض ، من كتاب القراض . الموطأ ٢ / ٦٨٨ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : كتاب القراض : السنن الكبرى ٦ / ١١١ .

وعن قَتَادَةَ ، عن الحَسَنِ ، أنَّ عَلِيًّا قال : إذا خَالفَ المُضَارِبُ فلا ضَمانَ ، هما على ما شَرَطَا . وعن ابن مَسْعُودٍ ، وحَكِيمِ بن حِزَامٍ ، أنَّهما قَارَضَا . ولا مُخَالِفَ لهم[٥٣] فى الصَّحابةِ . فحَصَلَ إجْماعًا . ولأنَّ بالناسِ حاجَةً إلى المُضَارَبةِ ، فإن الدَّرَاهِمَ والدَّنَانِيرَ[٥٤] لا تُنَمَّى إلَّا بالتَّقَلُّبِ[٥٥] والتِّجارَةِ ، وليس كلُّ مَن يَمْلِكُها يُحْسِنُ التِّجارَةَ ، ولا[٥٦] كلُّ مَن يُحْسِنُ التِّجارَةَ[٥٧] له رَأْسُ مالٍ ، فاحْتِيجَ إليها من الجانِبَيْنِ ، فشَرَعَها اللهُ تعالى لِدَفْعِ الحاجَتَيْنِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّها تَنْعَقِدُ بلَفْظِ المُضارَبَةِ والقِرَاضِ ؛ لأنَّهما لَفْظانِ مَوْضُوعانِ لها[٥٨] أو بما يُؤَدِّى مَعْناها[٥٩] ؛ لأنَّ المَقْصُودَ المَعْنى ، فجَازَ بما دَلَّ عليه ، كلَفْظِ التَّمْلِيكِ فى البَيْعِ .

فصل : وحُكْمُها حُكْمُ شَرِكَةِ العِنَانِ ، فى أن كلَّ ما جَازَ للشَّرِيكِ عَمَلُه جَازَ لِلْمُضارِبِ عَمَلُه[٦٠] ، وما مُنِعَ منه الشَّرِيكُ مُنِعَ منه المُضَارِبُ ، وما اخْتُلِفَ فيه ثَمَّ ، فهٰهُنا مِثْلُه ، وما جَازَ أن يكونَ رَأْسَ مالِ الشَّرِكةِ ، جَازَ أن يكونَ رَأْسَ مالِ المُضاربةِ . وما لا يجوزُ ثَمَّ لا يجوزُ هٰهُنا ، على ما فَصَّلْناهُ .

فصل : القِسْمُ الرابع ، أن يَشْتَرِكَ مَالَانِ وبَدَنُ صَاحِبِ أحَدِهما . فهذا يَجْمَعُ شَرِكَةً ومُضَارَبَةً ، وهو صَحِيحٌ . فلو كان بين رَجُلَيْنِ ثلاثةُ آلافِ دِرْهَمٍ ، لأحَدِهِمَا أَلْفٌ ، وللآخَرِ أَلْفَانِ ، فأَذِنَ صَاحِبُ الأَلْفَيْنِ لِصاحِبِ الأَلِفِ أن[٦١] يَتَصَرَّفَ فيها على أنْ يكونَ

---

(٥٣) فى ب ، م : « لهما » .
(٥٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٥٥) فى ب ، م : « بالتقليب » .
(٥٦) فى م : « ولأن » .
(٥٧) فى م زيادة : « ليس » .
(٥٨) فى الأصل ، ا : « لهما » .
(٥٩) فى الأصل ، ا : « معناهما » .
(٦٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٦١) سقط من : ب ، م .

الرِّبْحُ بينهما نِصْفَيْنِ ، صَحَّ ، ويكونُ لصَاحِبِ الأَلْفِ ثُلُثُ الرِّبْحِ بِحَقِّ مَالِه ، والباقِى وهو ثُلُثَا الرِّبْحِ بينهما ، لِصَاحِبِ الأَلْفَيْنِ ثلاثةُ أَرْباعِه ، ولِلعَامِلِ رُبْعُه ، وذلك لأنَّه جَعَلَ له نِصْفَ الرِّبْحِ ، فجَعَلْناهُ سِتَّةَ أَسْهُمٍ ، منها ثَلَاثةٌ لِلْعامِلِ ، حِصَّةُ مَالِه سَهْمَانِ ، وسَهْمٌ يَسْتَحِقُّه بعَمَلِه فى مالِ شَرِيكِه ، وحِصَّةُ مالِ شَرِيكِه أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ ، للعَامِلِ سَهْمٌ وهو الرُّبْعُ . فإن قِيل : فكيف تجوزُ المُضَارَبةُ ورَأْسُ المالِ مُشَاعٌ ؟ قُلْنا : إنَّما تَمْنَعُ الإشَاعَةُ الجَوازَ إذا كانت مع غيرِ[٦٢] العامِلِ ؛ لأنَّها تَمْنَعُه من التَّصرُّفِ ، بخِلَافِ ما إذا كانت مع العامِلِ ، فإنَّها لا تَمْنَعُه من التَّصرُّفِ ، فلا تَمْنَعُ من صِحَّةِ المُضَارَبةِ . فإن شَرَطَ للعامِلِ ثُلُثَ الرِّبْحِ فقط ، فمالُ[٦٣] صاحِبِه بِضَاعَةٌ فى يَدِه ، ولَيْسَتْ بِمُضَارَبةٍ ؛ لأنَّ المُضَارَبةَ إنَّما تَحْصُلُ إذا كان الرِّبْحُ بينهما . فأمَّا إذا قال : رِبْحُ مَالِكَ لَكَ ، ورِبْحُ مَالِى لى . فقَبِلَ الآخَرُ ، كان إبْضاعًا لا غيرُ . وبهذا كلِّه قال الشَّافِعِىُّ ، / وقال مالِكٌ : لا يجوزُ أن يَضُمَّ إلى القِرَاضِ شَرِكَةً ، كما لا يجوزُ أن يَضُمَّ إليه عَقْدَ إجارَةٍ . ولَنا ، أنَّهما لم يَجْعَلَا أحَدَ العَقْدَيْنِ شَرْطًا للآخَرِ ، فلم نَمْنَعْ من جَمْعِهِما ، كما لو كان المالُ مُتَمَيِّزًا .

١٤٢/٤ظ

فصل : إذا دَفَعَ إليه أَلْفًا مُضَارَبةً ، وقال : أَضِفْ إليه أَلْفًا من عِنْدِك ، واتَّجِرْ بهما[٦٤] ، والرِّبْحُ بيْنَنا ، لك ثُلُثَاهُ ، ولِى ثُلُثُه . جَازَ ؛ وكان شَرِكَةً وقِرَاضًا . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ إذا وَقَعَتْ على المالِ كان الرِّبْحُ تابِعًا له ، دون العَمَلِ . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فى المالِ ، وانْفَرَدَ أحَدُهُما بالعَمَلِ ، فجازَ[٦٥] أن يَنْفَرِدَ بزِيَادَةِ الرِّبْحِ ، كما لو لم يكُنْ له مالٌ . وقولُهم : إن الرِّبْحَ تابِعٌ للمالِ وَحْدَه . مَمْنُوعٌ ، بل هو تابِعٌ لهما ، كما أنَّه حَاصِلٌ بهما . فإن شَرَطَ غيرُ العامِلِ لِنَفْسِه ثُلُثَي الرِّبْحِ ، لم يَجُزْ . وقال القاضى : يجوزُ ، بِنَاءً على جَوازِ تَفَاضُلِهما فى شَرِكَةِ العِنَانِ . ولَنا ، أنَّه اشْتَرَطَ لِنَفْسِه

---

(٦٢) سقط من : م .

(٦٣) فى ب ، م : « فقال » .

(٦٤) فى ب ، م : « بها » .

(٦٥) فى ا زيادة : « له » .

جُزْءًا من الرِّبْح لا مُقَابِلَ له ، فلم[٦٦] يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ رِبْحَ مالِ العامِلِ المُنْفَرِدِ ، وفَارَقَ شَرِكَةَ العِنَانِ ؛ لأنَّ فيها عَمَلًا منهما ، فجازَ أن يَتَفاضَلَا فى الرِّبْحِ لِتَفاضُلِهما فى العَمَلِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . وإن جَعَلَا الرِّبْحَ بينهما نِصْفَيْنِ ، ولم يَقُولَا مُضَارَبةً ، جَازَ ، وكان إِبْضاعًا كما تَقَدَّمَ . وإن قالا : مُضَارَبَةً . فَسَدَ العَقْدُ ؛ لما سَنَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : القِسْمُ الخامسُ ، أن يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بمالِ أحَدِهِما . وهو أن يكونَ المالُ من أحَدِهما والعَمَلُ منهما ، مثل أن يُخْرِجَ أحَدُهما أَلْفًا ، ويَعْمَلانِ فيه مَعًا ، والرِّبْحُ بينهما . فهذا جائِزٌ . ونَصَّ عليه أحْمَدُ ، فى رِوَايةِ أبى الحارِثِ . وتكونُ مُضَارَبةً ؛ لأنَّ غيرَ صاحِبِ المالِ يَسْتَحِقُّ المَشْرُوطَ له من الرِّبْحِ بعَمَلِه فى مالِ غيرِه ، وهذا هو حَقِيقَةُ المُضارَبِةِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ ، والقاضِى ، وأبو الخَطَّابِ : إذا[٦٧] شَرَطَ أن يَعْمَلَ معه رَبُّ المالِ ، لم يَصِحَّ . وهذا مذهبُ مالِكٍ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . قال : ولا تَصِحُّ المُضارَبةُ حتى يُسَلِّمَ المالَ إلى العامِلِ ، ويُخَلِّىَ بَيْنَه وبَيْنَه ؛ لأنَّ المُضارَبةَ تَقْتَضِى تَسْلِيمَ المالِ إلى المُضارِبِ ، فإذا شَرَطَ عليه العَمَلَ فلم يُسَلِّمْه لأنَّ يَدَهُ عليه ، فيُخَالِفُ مَوْضُوعَها . وتَأَوَّلَ القاضِى كَلَامَ أحمدَ والخِرَقِىِّ ، على أنَّ رَبَّ المالِ عَمِلَ من غير اشْتِرَاطٍ . ولَنا ، أنَّ العَمَلَ أحَدُ رُكْنَىِ المُضارَبِةِ ، فجازَ أن يَنْفَرِدَ به أحَدُهما مع وُجُودِ الأَمْرَيْنِ من الآخَرِ ، كالمالِ . وقولُهم : إنَّ المُضارَبةَ تَقْتَضِى تَسْلِيمَ المالِ إلى العامِلِ[٦٨] . مَمْنُوعٌ ، إنما تَقْتَضِى إطْلَاقَ التَّصرُّفِ فى مالِ غيرِه بجُزْءٍ مُشَاعٍ من رِبْحِه ، وهذا حاصِلٌ مع اشْتِرَاكِهِما فى العَمَلِ ، ولهذا لو دَفَعَ مالَه إلى اثْنَيْنِ مُضارَبةً صَحَّ ، ولم يَحْصُلْ تَسْلِيمُ المالِ إلى أحَدِهما .

١٤٣/٤ و **فصل** : وإن شَرَطَ أن يَعْمَلَ معه غُلَامُ رَبِّ المالِ ، صَحَّ . وهذا ظَاهِرُ / كَلَامِ

---

(٦٦) فى م : « فلا » .

(٦٧) فى ب زيادة : « كان » .

(٦٨) فى ب : « المضارب » .

الشَّافِعِىُّ ، وقولُ أَكْثَرِ أصحابه[٦٩] . ومَنَعَهُ بعضُهم . وهو قولُ القاضى ؛ لأنَّ يَدَ الغُلَامِ كيَدِ سَيِّدِه . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، الجَوازُ ؛ لأنَّ عَمَلَ الغُلَامِ مالٌ لِسَيِّدِه ، فصَحَّ ضَمُّه إليه ، كما يَصِحُّ أن يَضُمَّ إليه بَهِيمَةً يَحْمِلُ[٧٠] عليها .

فصل : وأمَّا شَرِكَةُ المُفاوَضَةِ فنَوْعانِ ؛ أَحَدُهما ، أن يَشْتَرِكا فى جَمِيعِ أنْواعِ الشَّرِكَةِ ، مثل أن يَجْمَعَا بين شَرِكَةِ العِنَانِ والوُجُوهِ والأَبْدَانِ ، فيَصِحُّ ذلك ؛ لأنَّ كلَّ نَوْعٍ منها يَصِحُّ على انْفِرَادِه ، فَصَحَّ مع غيرِه . والثانى ، أن يُدْخِلَا بينهما فى الشَّرِكَةِ الاشْتِرَاكَ فيما يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ منهما من مِيرَاثٍ ، أو يَجِدُه من رِكَازٍ أو لُقَطَةٍ ، ويَلْزَمُ كلَّ واحدٍ منهما ما يَلْزَمُ الآخَرَ من أَرْشِ جِنَايةٍ ، وضَمَانِ غَصْبٍ ، وقِيمَةِ مُتْلَفٍ ، وغَرَامةِ الضَّمَانِ ، أو كَفَالَةٍ ، فهذا فاسِدٌ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وأجازَهُ الثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ . وحُكِىَ ذلك عن مالِكٍ . وشَرَطَ أبو حَنيفَةَ لها شُرُوطًا ، وهى أن يكونا حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، وأن يكونَ مالُهما فى الشَّرِكَةِ سَوَاءً ، وأن يُخْرِجَا جَمِيعَ ما يَمْلِكانِه من جِنْسِ الشَّرِكَةِ ، وهو الدَّرَاهِمُ والدَّنَانِيرُ . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « إذا تَفَاوَضْتُمْ فأَحْسِنُوا المُفَاوَضَةَ »[٧١] . ولأنَّها نَوْعُ شَرِكَةٍ يَخْتَصُّ باسْمٍ ، فكان فيها صَحِيحٌ كشَرِكَةِ العِنَانِ . ولَنا : أنه عَقْدٌ لا يَصِحُّ بين الكافِرَيْنِ ، ولا بين كافِرٍ ومُسْلِمٍ ، فلم يَصِحَّ بين المُسْلِمَيْنِ ، كسَائِرِ العُقُودِ الفاسِدَةِ ، ولأنَّه عَقْدٌ لم يَرِدِ الشَّرْعُ بمِثْلِه ، فلم يَصِحَّ ، كما ذَكَرْنا ، ولأنَّ فيه غَرَرًا ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ الغَرَرِ ، وبَيَانُ غَرَرِه أنَّه يَلْزَمُ كلَّ واحِدٍ ما لَزِمَ الآخَرَ ، وقد يَلْزَمُه شىءٌ لا يَقْدِرُ على القِيَامِ به ، وقد أَدْخَلَا فيه الأَكْسَابَ النادِرَةَ ، والخَبَرُ لا نَعْرِفُه ، ولا رَوَاهُ أَصْحَابُ السُّنَنِ ، ثم ليس فيه ما يَدُلُّ على أنَّه أرَادَ هذا العَقْدَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ المُفَاوَضَةَ فى الحَدِيثِ ولهذا رُوِىَ فيه : « ولا تَجادَلُوا ، فَإِنَّ المُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطانِ » . وأما القِيَاسُ : فلا يَصِحُّ . فإن اخْتِصاصَها باسْمٍ لا يَقْتَضِى

---

(٦٩) فى ب ، م : « الصحابة » .

(٧٠) فى م : « يعمل » .

(٧١) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

الصِّحَّةَ ، كبَيْعِ المُنَابَذَةِ والمُلَامَسَةِ وسَائِرِ البُيُوعِ الفاسِدَةِ ، وشَرِكَةُ العِنَانِ تَصِحُّ من الكَافِرَيِن والكافِرِ والمُسْلِمِ ، بِخِلَافِ هذا .

٨٢٩ – مسألة ؛ قال : (والرِّبْحُ عَلَى مَا اصْطَلَحَا عَلَيْه)

يعنى فى جَمِيعِ[1] أقْسامِ الشَّرِكَةِ . ولا خِلَافَ فى ذلك فى المُضارَبةِ المَحْضَةِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ للعامِلِ أن يَشْتَرِطَ على رَبِّ المالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ ، أو نِصْفَه ، أو ما يُجْمِعَانِ عليه ، بعدَ أن يكونَ ذلك مَعْلُومًا جُزْءًا من أجْزاء . ولأنَّ اسْتِحْقاقَ المُضارِبِ الرِّبْحَ بعَمَلِه ، فجازَ ما يَتَّفِقانِ عليه من قَلِيلٍ وكَثِيرٍ ، كالأُجْرَةِ فى الإجارَةِ ، وكالجُزْءِ من الثَّمَرةِ فى المُساقاةِ والمُزَارَعةِ . وأمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ ، وهو أن يَشْتَرِكَ بَدَنانِ بمالَيْهما ، فيجوزُ أن يَجْعَلَا الرِّبْحَ على قَدْرِ المالَيْنِ ، ويجوزُ أن يَتَساوَيَا مع تَفاضُلِهِمَا فى المالِ ، وأن يَتَفاضَلَا فيه مع تَساوِيهِما فى المالِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ والشَّافِعِيُّ : من شَرْطِ صِحَّتِها كَوْنُ الرِّبْحِ والخُسْرَانِ على قَدْرِ المالَيْنِ ؛ لأنَّ الرِّبْحَ فى هذه / الشَّرِكَةِ تَبَعٌ للمالِ، بدَلِيلِ أنَّه يَصِحُّ عَقْدُ الشَّرِكَةِ ، وإطْلَاقُ الرِّبْحِ ، فلا يجوزُ تَغْيِيرُه بالشَّرْطِ ، كالوَضِيعَةِ . ولَنا ، أنَّ العَمَلَ ممَّا يُسْتَحَقُّ به الرِّبْحُ ، فجازَ أن يَتَفاضَلَا فى الرِّبْحِ مع وُجُودِ العَمَلِ منهما ، كالمُضارِبَيْنِ لرَجُلٍ واحِدٍ ، وذلك لأنَّ أحَدَهما قد يكونُ أبْصَرَ بالتِّجارَةِ من الآخَرِ ، وأقْوَى على العَمَلِ ، فجازَ له أن يَشْتَرِطَ زِيَادَةً فى الرِّبْحِ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه ، كما يُشْتَرَطُ الرِّبْحُ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِ المُضارِبِ . يُحقِّقُه أنَّ هذه الشَّرِكَةَ مَعْقُودةٌ على المالِ والعَمَلِ جَمِيعًا ، ولكلٍّ واحِدٍ منهما حِصَّةٌ من الرِّبْحِ إذا كان مُفْرَدًا[2] ، فكذلك إذا اجْتَمَعا ، وأمَّا حالَةُ الإطْلَاقِ ، فإنَّه لمَّا لم يَكُنْ[3] بينهما شَرْطٌ يُقْسمُ الرِّبْحُ عليه ، ويَتَقَدَّرُ به ، قَدَّرْناهُ بالمالِ ، لِعَدَمِ الشَّرْطِ ، فإذا وُجِدَ الشَّرْطُ ، [4]فهو الأَصْلُ[4] ، فيَصِيرُ إليه ، كالمُضَارَبةِ يُصَارُ إلى الشَّرْطِ ، فإذا عُدِمَ ، وقالا[5] : الرِّبْحُ

١٤٣/٤ ظ

---

(١) سقط من : ا .

(٢) فى م : « منفردا » .

(٣) فى ب ، م : « يمكن » .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « وقال » .

بَيْننا . كان بينهما نِصْفَيْنِ ، وفارَقَ الوَضِيعَةَ ؛ فإنَّها لا تَتَعَلَّقُ إلَّا بالمالِ ، بدَلِيلِ المُضَارَبةِ . وأمَّا شَرِكَةُ الأبدانِ ، فهى مَعْقُودَةٌ على العَمَلِ المُجَرَّدِ ، وهما يتَفاضَلانِ فيه مَرَّةً ، ويَتَساوَيانِ[6] أُخْرَى ، فجازَ ما اتَّفَقَا عليه من مُسَاواةٍ أو تَفَاضُلٍ ، كما ذَكَرْنا فى شَرِكَةِ العِنانِ ، بل هذه أَوْلَى ؛ لِانْعِقادِها على العَمَلِ المُجَرَّدِ . وأمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ ، فكلامُ الخِرَقِىِّ بعُمُومِه يَقْتَضِى جَوازَ ما يَتَّفِقَانِ عليه من مُسَاواةٍ أو تَفَاضُلٍ . وهو قِياسُ المذهبِ ؛ لأنَّ سائِرَ الشَّرِكاتِ الرِّبْحُ فيها على ما يَتَّفِقَانِ عليه ، فكذلك هذه ، ولأنَّها تَنْعَقِدُ على العَمَلِ وغيرِه ، فجازَ ما اتَّفَقَا عليه ، كشَرِكَةِ العِنَانِ . وقال القاضى : الرِّبْحُ بينهما على قَدْرِ مِلْكَيْهِما فى المُشْتَرَى ؛ لأنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بالضَّمانِ ، إذ الشَّرِكَةُ وَقَعَتْ عليه خاصَّةً ، إذ لا مالَ عِنْدَهُما ، فيَشْتَرِكانِ على العَمَلِ ، والضَّمانُ لا تَفاضُلَ فيه ، فلا يجوزُ التَّفاضُلُ فى الرِّبْحِ . ولَنا ، أنَّها شَرِكَةٌ فيها عَمَلٌ ، فجازَ ما اتَّفَقَا عليه فى الرِّبْحِ ، كسائِرِ الشَّرِكاتِ . وقولُ القاضى: لا مالَ لهما يَعْمَلانِ فيه . قُلْنا : إنَّما يَشْتَرِكانِ لِيَعْمَلَا فى المُسْتَقْبَلِ فيما يأْخُذانِه[7] بجاهِهِما ، كما أنَّ سائِرَ الشَّرِكاتِ إنَّما يكونُ العَمَلُ فيها فيما يَأْتِى ، فكذا هٰهُنا . وأما المُضَارَبَةُ التى فيها شَرِكَةٌ ، وهى أن يَشْتَرِكَ مالَانِ وبَدَنُ صاحِبِ أحَدِهما ، مثل أن يُخْرِجَ كلُّ واحِدٍ منهما أَلْفًا ، ويأْذَنَ أحَدُهما للآخَرِ[8] فى التِّجارَةِ بهما ، فمهما شَرَطَا للعامِلِ من الرِّبْحِ إذا زادَ على النِّصْفِ ، جَازَ ؛ لأنَّه مُضارِبٌ لصَاحِبِه فى أَلْفٍ[9] ، ولعامِلِ المُضَارَبةِ ما اتَّفَقَا عليه بغيرِ خِلَافٍ . وإن شَرَطا له دون نِصْفِ الرِّبْحِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بمالٍ وعَمَلٍ[10] ، وهذا الجُزْء الزَّائِد على النِّصْفِ المَشْرُوطِ لغير العامِلِ لا مُقَابِلَ له ، فبَطَلَ شَرْطُه . وإن جَعَلَا الرِّبْحَ بينهما نِصْفَيْنِ ،

---

(٦) فى ب زيادة : « فيه » .

(٧) فى م : « يتخذانه » .

(٨) فى الأصل : « لصاحبه » .

(٩) فى ا : « للألف » .

(١٠) فى ا : « أو عمل » .

فليس هذا شَرِكَةً ، ولا مُضَارَبَةً ؛ لأنَّ شرِكَةَ العِنَانِ تَقْتَضِى[11] أن يَشْتَرِكَا فى المالِ والعَمَلِ ، والمُضَارَبَةُ تَقْتَضِى أنَّ لِلْعَامِلِ نَصِيبًا من الرِّبْحِ فى مُقَابَلَةِ / عَمَلِه ، ولم يَجْعَلَا[12] له ههُنا فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه شيئا . وإنَّما جَعَلَا الرِّبْحَ على قَدْرِ المالَيْنِ ، وعَمَلُهُ فى نَصِيبِ صاحِبِه تَبَرُّعٌ ، فيكونُ ذلك إبْضَاعًا ، وهو جائِزٌ إن لم يكُنْ ذلك عِوَضًا عن قَرْضٍ ، فإن كان العامِلُ اقْتَرَضَ الألْفَ أو بَعْضَها من صاحِبِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه جَعَلَ عَمَلَهُ فى مالِ صاحِبِه عِوَضًا عن قَرْضِه ، وذلك غيرُ جائِزٍ . وأمَّا إذا اشْتَرَكَ بَدَنانِ بمالِ أحَدِهما ، مثل أن يُخْرِجَ أحَدُهما ألْفًا ويَعْمَلانِ جَمِيعًا فيه ، فإنَّ لِلْعَامِلِ الذى لا مالَ له من الرِّبْحِ ما اتَّفَقَا عليه ؛ لأنَّه مُضَارِبٌ مَحْضٌ ، فأشْبَهَ مالو لم يَعْمَلْ معه رَبُّ المالِ ، فحَصَلَ ممَّا ذَكَرْنا أنَّ الرِّبْحَ بينهما على ما اصْطَلَحا عليه فى جَمِيعِ أنْواعِ الشَّرِكَةِ ، سواءٌ ما ذَكَرْنا فى المُضَارَبَةِ التى فيها شَرِكَةٌ على ما شَرَحْنا .

فصل : ومن شَرْطِ صِحَّةِ المُضَارَبَةِ تَقْدِيرُ نَصِيبِ العامِلِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّه بالشَّرْطِ ، فلم يُقَدَّرْ إلَّا به . ولو قال : خُذْ هذا المالَ مُضَارَبَةً . ولم يُسَمِّ للعامِلِ شيئا من الرِّبْحِ ، فالرِّبْحُ كلُّه لِرَبِّ المالِ ، والوَضِيعَةُ عليه ، ولِلْعَامِلِ أجْرُ مِثْلِه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والأوْزَاعِىُّ : الرِّبْحُ بينهما نِصْفَيْنِ[13] ، لأنَّه لو قال : والرِّبْحُ بَيْنَنا . لَكان بينهما نِصْفَيْنِ ، فكذلك إذا لم يَذْكُرْ شيئا . ولَنا ، أنَّ المُضَارِبَ إنَّما يَسْتَحِقُّ بالشَّرْطِ ، ولم يُوجَدْ . وقولُه : مُضَارَبَةً . اقْتَضَى أنَّ له جُزْءًا من الرِّبْحِ مَجْهُولًا ، فلم تَصِحَّ المُضَارَبَةُ[14] ، كما لو قال : ولك جُزْءٌ من الرِّبْحِ . فأمَّا إذا قال : والرِّبْحُ بَيْنَنا . فإنَّ المُضَارَبَةَ تَصِحُّ ، ويكونُ بينهما نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّه أضَافَهُ إليهما إضَافَةً واحِدَةً ، لم يَتَرَجَّحْ

(11) فى ب ، م : « تقضى » .

(12) فى الأصل : « يجعل » .

(13) كذا على تقدير : يقسم الربح بينهما نصفين .

(14) فى م زيادة : « به » .

فيها أحدُهما على الآخرِ ، فاقْتضَى التَّسْوِيَةَ ، كما لو قال : هذه الدَّارُ بيْنِى وبَيْنَكَ . وإن قَدَّرَ نَصِيبَ العامِلِ ، فقال : ولك ثُلُثُ الرِّبْحِ ، أو رُبْعُه ، أو جُزْءٌ مَعْلُومٌ ، أىَّ جُزْءٍ كان . فالباقِى لِرَبِّ المالِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بمالِه ، لكَوْنِه نَماءَهُ وفَرْعَهُ ، والعامِلُ يَأْخُذُ بالشَّرْطِ ، فما شُرِطَ له[15] اسْتَحَقَّهُ ، وما بَقِىَ فلِرَبِّ المالِ بحُكْمِ الأَصْلِ . وإن قَدَّرَ نَصِيبَ رَبِّ[16] المالِ ، مثل أن يقولَ : ولِى ثُلُثُ الرِّبْحِ . ولم يَذْكُرْ نَصِيبَ العامِلِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العامِلَ إنَّما يَسْتَحِقُّ بالشَّرْطِ ، ولم يُشْتَرَطْ له شىءٌ ، فتكونُ المُضارَبَةُ فاسِدَةً . والثانى ، يَصِحُّ ، ويكون الباقِى لِلْعامِلِ . وهذا قولُ أبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الرِّبْحَ لهما لا يَسْتَحِقُّه غيرُهما ، فإذا قُدِّرَ نَصِيبُ أحَدِهما منه فالباقِى للآخَرِ من مَفْهُومِ اللَّفْظِ ، كما عُلِمَ ذلك من قَوْلِه تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾[17] . ولم يَذْكُرْ نَصِيبَ الأَبِ ، فعُلِمَ أنَّ الباقِىَ له . ولأنَّه لو قال : أَوْصَيْتُ بهذه المائةِ لِزَيْدٍ وعَمْرٍو . ونَصِيبُ زَيْدٍ منها ثَلاثُون ، كان الباقِى لِعَمْرٍو . كذا هٰهُنا . وإن قال : لى النِّصْفُ ولك الثُّلُثُ . وسَكَتَ عن السُّدُسِ ، صَحَّ . وكان / لِرَبِّ المالِ ؛ لأنَّه لو سَكَتَ عن جَمِيعِ الباقِى بعد جُزْءِ العامِلِ كان لِرَبِّ المالِ ؛ فكذلك إذا ذَكَرَ بعضَه وتَرَكَ بعضَه . وإن قال : خُذْهُ مُضارَبَةً على الثُّلُثِ أو النِّصْفِ . أو قال : بالثُّلُثِ أو الرُّبْعِ . صَحَّ ، وكان تَقْدِيرُ النَّصِيبِ لِلْعامِلِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يُرادُ لأَجْلِه ، فإنَّ رَبَّ المالِ يَسْتَحِقُّ بمالِه لا بالشَّرْطِ ، والعامِلُ يَسْتَحِقُّ بالعَمَلِ ، والعَمَلُ يَكْثُرُ ويَقِلُّ ، وإنما تَتَقَدَّرُ حِصَّتُه بالشَّرْطِ ، فكان الشَّرْطُ له ، ومتى شَرَطَا لأَحَدِهما شيئا ، واخْتَلَفا فى الجُزْءِ المَشْرُوطِ لمن هو ؟ فهو لِلْعامِلِ ، قَلِيلًا كان أو كَثِيرًا ؛ لذلك . وإن قال : خُذْهُ مُضارَبَةً ، ولك ثُلُثُ الرِّبْحِ ، وثُلُثُ ما بَقِىَ . صَحَّ ، وكان له خَمْسَةُ أَتْساعٍ ؛ لأنَّ هذا مَعْناه . وإن قال : لك ثُلُثُ الرِّبْحِ ، ورُبْعُ ما بَقِىَ . فله

٤/١٤٤ظ

---

(١٥) سقط من : ا .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) سورة النساء ١١ .

النِّصْفُ . وإن قال : لك رُبْعُ الرِّبْحِ ، ورُبْعُ ما بَقِىَ ، فله ثَلَاثَةُ أثمانٍ ونِصْفُ ثُمْنٍ . وسواءٌ عَرَفَا الحِسَابَ أو جَهِلَاهُ ؛ لأنَّ ذلك أجْزاءٌ مَعْلُومَةٌ مُقَدَّرَةٌ ، فأشْبَه مالو شَرَطَ الخُمْسَيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه كمَذْهَبِنا .

فصل : وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، ولك جُزْءٌ من الرِّبْحِ ، أو شَرِكَةٌ فى الرِّبْحِ ، أو شَىْءٌ من الرِّبْحِ ، أو نَصِيبٌ أو حَظٌّ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، ولا تَصِحُّ المُضَارَبَةُ إلَّا على قَدْرٍ مَعْلُومٍ . وإن قال : خُذْهُ ، ولك مثلُ ما شُرِطَ لِفُلَانٍ . وهما يَعْلَمان ذلك . صَحَّ ؛ لأنَّهما أشَارَا إلى مَعْلُومٍ عِنْدَهما . وإن كانا لا يَعْلَمانِه ، أو لا يَعْلَمُه أحَدُهُما ، فَسَدَتِ المُضَارَبَةُ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ .

فصل : وإن قال : خُذْ هذا المالَ فَاتَّجِرْ به ، ورِبْحُه كلُّه لك . كان قَرْضًا لا قِرَاضًا ؛ لأنَّ قولَه : خُذْهُ فَاتَّجِرْ به . يَصْلُحُ لهما ، وقد قَرَنَ به حُكْمَ القَرْضِ ، فَانْصَرَفَ إليه . وإن قال مع ذلك : ولا ضَمَانَ عليك . فهذا قَرْضٌ شُرِطَ فيه نَفْىُ الضَّمَانِ ، فلا يَنْتَفِى بِشَرْطِه ، كما لو صَرَّحَ به ، فقال : خُذْ هذا قَرْضًا ولا ضَمَانَ عليك . وإن قال : خُذْهُ فَاتَّجِرْ به ، والرِّبْحُ كلُّه لى . كان إبْضاعًا ؛ لأنَّه قَرَنَ به حُكْمَ الإِبْضاعِ فانْصَرَفَ إليه . فإن قال مع ذلك : وعليك ضَمَانُه . لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِى كَوْنَهُ أمانَةً غيرَ مَضْمُونةٍ ، فلا يَزُولُ ذلك بِشَرْطِه . وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، والرِّبْحُ كلُّه لك ، أو كلُّه لى . فهو عَقْدٌ فاسِدٌ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قال : والرِّبْحُ كلُّه لى كان إبْضَاعًا صَحِيحًا ؛ لأنَّه أثْبَتَ له حُكْمَ الإِبْضاعِ فانْصَرَفَ إليه ، كالتى قبلَها . وقال مالكٌ : يكونُ مُضَارَبَةً صَحِيحَةً فى الصُّورَتَيْنِ ؛ لأنَّهما دَخَلَا فى القِرَاضِ ، فإذا شَرَطَ لأَحَدِهما ، فكأنَّه وَهَبَ الآخَرَ نَصِيبَه[18] ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ . ولَنا ، أنَّ المُضَارَبَةَ تَقْتَضِى كونَ الرِّبْحِ بينهما ، فإذا شَرَطَ اخْتِصَاصَ أحَدِهما بالرِّبْحِ ، فقد شَرَطَ ما يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، ففَسَدَ ، كما لو شَرَطَ الرِّبْحَ كلَّه فى شَرِكَةِ العِنَانِ لأَحَدِهما . ويُفَارِقُ ما إذا لم

---

(18) سقط من : ب .

يَقُلْ[١٩] مُضَارَبَةً ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ يَصْلُحُ لما أَثْبَتَ حُكْمَه من الإبضاعِ والقَرْضِ[٢٠] ، بخِلافِ ما إذا صَرَّحَ بالمُضَارَبَةِ . وما ذَكَرَه مالِكٌ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الهِبَةَ لا تَصِحُّ قبلَ وُجُودِ المَوْهُوبِ .

فصل : ويجوزُ أن يَدْفَعَ مالًا إلى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً في عَقْدٍ واحِدٍ ، فإن شَرَطَ لهما جُزْءًا من الرِّبْحِ بينهما نِصْفَيْنِ ، جَازَ . وإن قال : لكما كذا وكذا من الرِّبْحِ . ولم يُبَيِّنْ كيف هو ، [٢١]فهو بينهما نِصْفَانِ[٢١] ؛ لأَنَّ إطْلَاقَ قولِه بينهما يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، كما لو / قال لِعَامِلِه : والرِّبْحُ بيننا . وإن شَرَطَ لأَحَدِهما ثُلُثَ الرِّبْحِ ، وللآخرِ رُبْعَه ، وجَعَلَ الباقِيَ له ، جَازَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ والشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهما شَرِيكانِ في العَمَلِ بأَبْدانِهما ، فلا يجُوزُ تَفَاضُلُهما في الرِّبْحِ كشَرِيكَيِ الأَبْدانِ . ولَنا ، أن عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فجازَ أن يَشْتَرِطَ في أحَدِهما أكْثَرَ من الآخرِ ، كما لو انْفَرَدَ . ولأَنَّهما يَسْتَحِقّانِ بالعَمَلِ وهما يتَفاضَلَانِ فيه ، فجازَ تَفَاضُلُهما في العِوَضِ ، كالأَجِيرَيْنِ . ولا نُسَلِّمُ وُجُوبَ التَّساوِى في شَرِكَةِ الأَبْدانِ ، بل هي كمَسْأَلَتِنا في جَوازِ تَفاضُلِهما . ثم الفَرْقُ بينهما أَنَّ ذلك عَقْدٌ واحِدٌ ، وهذان[٢٢] عَقْدانِ .

١٤٥/٤و

فصل : وإن قَارَضَ اثْنانِ واحِدًا بأَلْفٍ لهما ، جَازَ . وإذا شَرَطَا له رِبْحًا مُتَساوِيًا منهما ، جَازَ . وإن شَرَطَ أَحَدُهما له النِّصْفَ ، والآخَرُ الثُّلُثَ ، جَازَ ، ويكون باقِي رِبْحِ مالِ كلِّ واحدٍ منهما لِصَاحِبه . وإن شَرَطَا كونَ الباقِي من الرِّبْحِ بينهما نِصْفَيْنِ ، لم يَجُزْ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وكلامُ القاضي يَقْتَضِي جَوازَهُ . وحُكِيَ ذلك عن أبي حنيفةَ وأبي ثَوْرٍ . ولَنا ، أَنَّ أَحَدَهما يَبْقَى له من رِبْحِ مالِه النِّصْفُ ، والآخَرَ يَبْقَى له

---

(١٩) في م : « يكن » .

(٢٠) في م : « والقراض » .

(٢١ - ٢١) في م : « كان بينهما نصفين » .

(٢٢) في الأصل ، ا : « وهذا » .

الثُّلُثانِ . فإذا شَرَطَا[23] التَّساوِىَ فقد شَرَطَ أحَدُهما للآخرِ جُزْءًا من رِبْحِ مالِه بغيرِ عَمَلٍ ، فلم يَجُزْ . كما لو شَرَطَ رِبْحَ مالِه المُنْفَرِدِ .

فصل : وإذا شَرَطَا جُزْءًا من الرِّبْحِ لغيرِ العامِلِ نَظَرْتَ ؛ فإن شَرَطَاهُ لِعَبْدِ أحدِهما أو لِعَبْدَيْهِما ، صَحَّ ، وكان ذلك مَشْرُوطًا لِسَيِّدِهِ . فإذا جَعَلَا الرِّبْحَ بينهما وبين عَبْدَيْهِما أثْلَاثًا ، كان لِصَاحِبِ العَبْدِ الثُّلُثانِ ، وللآخرِ الثُّلُثُ . وإن شَرَطَاهُ لأَجْنَبِىٍّ ، أو لِوَلَدِ أحَدِهِما [24]أو امْرَأتِه[24] ، أو قَرِيبِه ، وشَرَطَا عليه عَمَلًا مع العامِلِ ، صَحَّ ، وكانا عَامِلَيْنِ . وإن لم يَشْتَرِطَا عليه عَمَلًا ، لم تَصِحَّ المُضَارَبةُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن أصْحَابِ الرَّأْىِ أنَّه يَصِحُّ ، والجُزْءُ المَشْرُوطُ له لِرَبِّ المالِ ، سواءٌ شَرَطَا[25] لِقَرِيبِ العامِلِ ، أو لِقَرِيبِ رَبِّ المالِ ، أو لأَجْنَبِىٍّ ؛ لأنَّ العامِلَ لا يَسْتَحِقُّ شيئا[26] إلَّا ما شُرِطَ له ، ورَبُّ المالِ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بحُكْمِ الأَصْلِ ، والأَجْنَبِىُّ لا يَسْتَحِقُّ شيئا ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بمالٍ أو عَمَلٍ ، وليس هذا واحِدًا منهما ، فما شُرِطَ لا يَسْتَحِقُّه ، فيَرْجِعُ إلى رَبِّ المالِ ، كما لو تَرَكَ ذِكْرَهُ . ولَنا ، أنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ يَعُودُ إلى الرِّبْحِ ، ففَسَدَ به العَقْدُ ، كما لو شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً . وإن قال : لك الثُّلُثانِ ، على أن تُعْطِىَ امْرَأَتَكَ نِصْفَهُ . فكذلك ؛ لأنَّه شَرَطَ فى الرِّبْحِ شَرْطًا لا يَلْزَمُ ، فكان فاسِدًا . والحُكْمُ فى الشَّرِكَةِ كالحُكْمِ فى المُضَارَبةِ ، فيما ذَكَرْناهُ .

فصل : والحُكْمُ فى الشَّرِكَةِ كالحُكْمِ فى المُضَارَبةِ ، فى وُجُوبِ مَعْرِفَةِ قَدْرِ ما لكلِّ واحِدٍ منهما من الرِّبْحِ ، إلَّا أنَّهما إذا أطْلَقاهَا ولم يَذْكُرَا الرِّبْحَ ، كان بينهما على قَدْرِ المالَيْنِ ، وفى شَرِكَةِ الوُجُوهِ ، يكونُ على قَدْرِ مِلْكَيْهِما فى المُشْتَرَى ؛ لأنَّ لهما أصْلًا يَرْجِعَانِ إليه ، ويَتَقَدَّرُ[27] الرِّبْحُ به ، بخِلَافِ المُضَارَبةِ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ الرِّبْحِ فيها

---

(23) فى م : « اشترطا » .

(24 - 24) سقط من : الأصل .

(25) فى ا ، ب ، م : « شرط » .

(26) سقط من : ا ، ب ، م .

(27) فى الأصل : « ويقدر » .

بالمالِ والعَمَلِ[٢٨] ، لكَوْنِ أحَدِهما من غيرِ[٢٨] جِنْسِ الآخَرِ ، فلا يُعْلَمُ قَدْرُهُ منه . وأما شَرِكَةُ الأبْدانِ ، فلا مالَ فيها يُقَدَّرُ الرِّبْحُ به ، فيَحْتَمِلُ أن يَتَقَدَّرَ بالعَمَلِ ؛ لأنَّ عَمَلَ أحَدِهما من / جِنْسِ عَمَلِ الآخَرِ ، فقد تَسَاوَيا فى أصْلِ العَمَلِ ، فيكونُ ذلك أصْلًا يُرْجَعُ إليه . ويَحْتَمِلُ ألَّا يَتَقَدَّرَ[٢٩] به ؛ لأنَّ العَمَلَ يَقِلُّ ويَكْثُرُ ويَتَفَاضَلُ ، ولا يُوقَفُ على مِقْدارِه ، بخِلَافِ المالِ ، فيُعْتَبَرُ ذِكْرُ الرِّبْحِ والمَعْرِفَةُ به ، كما فى المُضَارَبةِ .

١٤٥/٤ظ

٨٣٠ – مسألة ؛ قال : (والْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ)

يَعْنِى الخُسْرَانَ فى الشَّرِكَةِ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ مَالِه ، فإن كان مالُهما مُتَسَاوِيًا فى القَدْرِ ، فالخُسْرَانُ بينهما نِصْفَيْنِ ، وإن كان أثْلاثًا ، فالوَضِيعَةُ أثْلاثًا . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا بين أهْلِ العِلْمِ . وبه يقول[١] أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ وغيرُهما . وفى شَرِكَةِ الوُجُوهِ تكونُ الوَضِيعَةُ على قَدْرِ مِلْكَيْهِما فى المُشْتَرَى ، سواءٌ كان الرِّبْحُ بينهما كذلك أو لم يَكُنْ ، وسواءٌ كانت الوَضِيعَةُ لِتَلَفٍ ، أو نُقْصانٍ فى الثَّمَنِ عما اشْتَرَيا به ، أو غيرِ ذلك . والوَضِيعَةُ فى المُضَارَبةِ على المالِ خاصَّةً ، ليس على العامِلِ منها شىءٌ ؛ لأنَّ الوَضِيعَةَ عِبَارَةٌ عن نُقْصَانِ رَأْسِ المالِ ، وهو مُخْتَصٌّ بمِلْكِ رَبِّه ، لا شىْءَ لِلْعَامِلِ فيه ، فيكونُ نَقْصُه من مَالِه دونَ غيرِه ؛ وإنَّما يَشْتَرِكانِ فيما يَحْصُلُ من النَّماءِ ، فأشْبَه المُسَاقَاةَ والمُزَارَعَةَ ، فإنَّ رَبَّ الأرْضِ والشَّجَرِ يُشَارِكُ العَامِلَ فيما يَحْدُثُ من الزَّرْعِ والثَّمَرِ . وإن تَلِفَ الشَّجَرُ ، أو هَلَكَ شىءٌ من الأرْضِ بغَرَقٍ أو غيرِه ، لَم يكُنْ على العامِلِ شىءٌ .

٨٣١ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أنْ يَجْعَلَ لأحَدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ فَضْلَ دَرَاهِمَ)

وجُمْلَتُه أنَّه متى جَعَلَ نَصِيبَ أحَدِ الشُّرَكاءِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أو جَعَلَ مع نَصِيبِه

---

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) فى ب : « يقدر » .

(١) فى الأصل : « قال » .

دَرَاهِمَ ، مثل أن يَشْتَرِطَ لِنَفْسِه جُزْءًا وعَشْرَةَ دَرَاهِم ، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كلُّ من نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ على إِبْطالِ القِرَاضِ إذا شَرَطَ أحَدُهُما أو كِلَاهُما لِنَفْسِه دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، ومِمَّن حَفِظْنا ذلك عنه مالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ، والجَوَابُ فيما لو قال : لك نِصْفُ الرِّبْحِ إلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِم ، أو نِصْفُ الرِّبْحِ وعَشْرَةُ دَرَاهِم ، كالجَوابِ فيما إذا شَرَطَ دَرَاهِمَ مُفْرَدَةً . وإنَّما لم يَصِحَّ ذلك لِمَعْنَيَيْنِ ؛ أحدِهما ، أنَّه إذا شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، احْتَمَلَ أن لا يَرْبَحَ غيرَها ، فيَحْصُلُ على جَمِيعِ الرِّبْحِ ، واحْتَمَلَ أن لا يَرْبَحَها[1] ، فيَأْخُذُ من رَأْسِ المالِ جُزْءًا . وقد يَرْبَحُ كَثِيرًا ، فيَسْتَضِرُّ مَن شُرِطَتْ له الدَّرَاهِمُ . والثانى ، أنَّ حِصَّةَ العامِلِ يَنْبَغِى أن تكونَ مَعْلُومَةً بالأَجْزاءِ ، لَمَّا تَعَذَّرَ كَوْنُها مَعْلُومَةً بالقَدْرِ ، فإذا جُهِلَتِ الأَجْزَاءُ ، فَسَدَتْ ، كما لو جُهِلَ القَدْرُ فيما يُشْتَرَطُ أن يكونَ مَعْلُومًا به . ولأنَّ العامِلَ متى شَرَطَ لِنَفْسِه دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، رُبَّما تَوَانَى فى طَلَبِ الرِّبْحِ ؛ لِعَدَمِ فائِدَتِه فيه ، وحُصُولِ نَفْعِه لغيرِه ، بِخِلَافِ ما إذا كان له جُزْءٌ من الرِّبْحِ .

فصل : وإن دَفَعَ إليه أَلْفَيْنِ[2] مُضَارَبَةً ، على أن لكلِّ واحِدٍ منهما رِبْحَ أَلْفٍ ، أو على أنَّ لأَحَدِهما رِبْحَ أحَدِ الثَّوْبَيْنِ ، أو رِبْحَ إحْدَى السَّفْرَتَيْنِ ، أو رِبْحَ تِجارَتِه / فى شَهْرٍ أو عامٍ بِعَيْنِه ، ونحو ذلك ، فَسَدَ الشَّرْطُ والمُضَارَبَةُ ؛ لأنَّه قد يَرْبَحُ فى ذلك المُعَيَّنِ دونَ غيرِه ، وقد يَرْبَحُ فى غيرِه دُونَهُ ، فيَخْتَصُّ أحَدُهُما بالرِّبْحِ ، وذلك يُخَالِفُ مَوْضُوعَ الشَّرِكَةِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن دَفَعَ إليه أَلْفًا ، وقال : لَكَ رِبْحُ نِصْفِه . لم يَجُزْ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ : يجوزُ ؛ لأنَّ نِصْفَ رِبْحِه هو رِبْحُ نِصْفِه ، فجازَ شَرْطُه ، كما لو عَبَّرَ عنه بِعِبَارَتِه الأُخْرَى . ولَنا ، أنَّه شَرَطَ لأَحَدِهما رِبْحَ بعضِ المالِ دونَ بعضٍ ، وكذلك جَعَلَ للآخِرِ[3] ، فلم يَجُزْ . كما لو قال : لك رِبْحُ هذه الخَمْسِمائة .

١٤٦/٤و

(١) فى ا ، ب : « يربح » .
(٢) فى ب : « الدين » .
(٣) فى ا ، ب ، م : « الآخر » .

ولأنَّه يُمْكِنُ أن يُفْرِدَ نِصْفَ المالِ ، فيَرْبَحَ فيه دونَ النِّصْفِ الآخَرِ ، بخِلَافِ نِصْفِ الرِّبْحِ ؛ فإنَّه[٤] لا يُؤَدِّى إلى انْفِرَادِهِ برِبْحِ شَىْءٍ من المالِ .

٨٣٢ – مسألة ؛ قال : (والْمُضَارِبُ إذَا بَاعَ بِنَسِيئَةٍ بِغَيْرِ أَمْرٍ ، ضَمِنَ ، فِى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، والْأُخْرَى لَا يَضْمَنُ)

وجُمْلَتُه أنَّ المُضَارِبَ وغيرَه من الشُّرَكاءِ ، إذا نَصَّ له على التَّصرُّفِ ، فقال : نَقْدًا أو نَسِيئَةً . أو قال : بِنَقْدِ البَلَدِ . أو ذَكَرَ نَقْدًا غيرَه ، جَازَ ، ولم تَجُزْ مُخَالَفَتُه ؛ لأنَّه مُتَصرِّفٌ بالإِذْنِ ، فلا يَتَصرَّفُ فى غيرِ ما أُذِنَ له فيه ، كالوَكِيلِ ، ولأنَّ ذلك لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ المُضَارَبةِ . وقد بَطَلَتْ[١] بذلك الفائدةُ فى العادَةِ . وإن أطْلَقَ ، فلا خِلَافَ فى جَوَازِ البَيْعِ حَالًّا ، وفى البَيْعِ نَسِيئَةً رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهما ، ليس له ذلك . وهو قولُ مالِكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه نائِبٌ فى البَيْعِ ، فلم يَجُزْ له البَيْعُ نَسِيئَةً بغير إذْنٍ صَرِيحٍ فيه ، كالوَكِيلِ ، وذلك لأنَّ النائِبَ لا يجُوزُ له التَّصرُّفُ إلَّا على وَجْهِ الحَظِّ والاحْتِيَاطِ ، وفى النَّسِيئَةِ تَغْرِيرٌ بالمالِ ، وقَرِينَةُ الحالِ تُقَيِّدُ مُطْلَقَ الكَلَامِ ، فيَصِيرُ كأنَّه قال : بِعْهُ حالًّا . والثانية[٢] ، يَجُوزُ له البَيْعُ نَسَاءً . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، واخْتِيَارُ ابن عَقِيلٍ ؛ لأنَّ إذْنَه فى التِّجارَةِ والمُضَارَبةِ يَنْصرِفُ إلى التِّجارَةِ المُعْتَادَةِ ، وهذا عادَةُ التُّجّارِ ، ولأنَّه يَقْصِدُ به الرِّبْحَ ، والرِّبْحُ فى النَّسَاءِ أكْثَرُ . ويُفَارِقُ الوَكَالَةَ المُطْلَقَةَ[٣] ؛ فإنَّها لا تَخْتَصُّ بقَصْدِ الرِّبْحِ ، وإنَّما المَقْصُودُ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ فحَسْبُ ، فإذا أمْكَن تَحْصِيلُه من غير خَطَرٍ ، كان أَوْلَى ، ولأنَّ الوَكَالَةَ المُطْلَقَةَ فى البَيْعِ تَدُلُّ على أنَّ حاجَةَ المُوَكِّلِ إلى الثَّمَنِ ناجِزَةٌ ، فلم يَجُزْ تَأْخِيرُه ، بخِلَافِ المُضَارَبةِ . وإن قال له : اعْمَلْ برَأْيِكَ . فله البَيْعُ نَسَاءً . وكذلك إذا قال له : تَصَرَّفْ كيف شِئْتَ . وقال الشَّافِعِىُّ : ليس له البَيْعُ نَسَاءً فى

---

(٤) فى ا ، ب : « لأنه » .

(١) فى الأصل ، ا ، م : « يطلب » .

(٢) فى م زيادة : « أنه » .

(٣) سقط من : ب .

الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّ فيه غَرَرًا ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم يَقُلْ له ذلك . ولَنا ، أنَّه داخِلٌ فى عُمُومِ لَفْظِه ، وقَرِينَةُ حالِه تَدُلُّ على رِضَائِه برَأْيِه[4] فى صِفَاتِ البَيْعِ ، وفى أنْواعِ التِّجارَةِ ، وهذا منها . فإذا قُلْنا : له / البَيْعُ نَساءً . فالبَيْعُ صَحِيحٌ ، ومهما فاتَ من الثمَنِ لم[5] يَلْزَمْه ضَمَانُه ، إلَّا أن يُفَرِّطَ بِبَيْعٍ مَن لا يُوثَقُ به ، أو مَن لا يَعْرِفُهُ ، فيَلْزَمُه ضَمَانُ الثَّمَنِ الذى انْكَسَرَ على المُشْتَرِى . وإن قُلْنا : ليس له البَيْعُ نَساءً ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما لم يُؤْذَنْ له فيه ، فأشْبَهَ البَيْعَ من الأَجْنَبِىِّ ، إلَّا على الرِّوَايةِ التى تقولُ : يَقِفُ بَيْعُ الأَجْنَبِىِّ على الإِجازَةِ . فهٰهُنا مِثْلُه . ويَحْتَمِلُ قولُ الخِرَقِىِّ صِحَّةَ البَيْعِ ؛ فإنَّه إنَّما ذَكَرَ الضَّمانَ ، ولم يَذْكُرْ فَسادَ البَيْعِ . وعلى كلِّ حالٍ يَلْزَمُ العامِلَ الضَّمانُ ؛ لأنَّ ذَهابَ الثَّمَنِ حَصَلَ بتَفْرِيطِه . فإن قُلْنا بِفَسَادِ البَيْعِ ، ضَمِنَ المَبِيعَ بقِيمَتِه إذا تَعَذَّرَ عليه اسْتِرْجاعُه ، إمَّا لِتَلَفِ المَبِيعِ أو امْتِناعِ المُشْتَرِى من رَدِّه إليه . وإن قلْنا بصِحَّتِه ، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَه بقِيمَتِه أيضا ؛ لأنَّه لم يَفُتْ بالبَيْعِ أكْثَرُ منها ، ولا يَنْحَفِظُ بتَرْكِه سِوَاهَا ، وزِيادَةُ الثَّمَنِ حَصَلَتْ بتَفْرِيطِه ، فلا يَضْمَنُها . واحْتَمَلَ أن يَضْمَنَ الثَّمَنَ ؛ لأنَّه وَجَبَ بالبَيْعِ ، وفاتَ بتَفْرِيطِ البائِعِ . وإن نَقَصَ عن القِيمَةِ ، فقد انْتَقَلَ الوُجُوبُ إليه ، بدَلِيلِ أنَّه لو حَصَلَ الثَّمَن لم يَضْمَنْ شيئا .

فصل : وليس له السَّفَرُ بالمالِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ فى السَّفَرِ تَغْرِيرًا بالمالِ وخَطَرًا ، ولهذا يُرْوى : « إنَّ المُسَافِرَ ومَالَه لَعَلَى قَلَتٍ ، إلَّا ما وَقَى اللهُ تَعالَى »[6] . أى هَلَاكٍ ، ولا يجوزُ له التَّغْرِيرُ بالمالِ بغيرِ إذْنِ مالِكِه . والوَجْهُ الثانى ، له السَّفَرُ به إذا لم يكُنْ مَخُوفًا . قال القاضى : قِيَاسُ المذهبِ جَوازُه ، بِنَاءً على السَّفَرِ بالوَدِيعَةِ . وهذا قولُ مالِكٍ . ويُحْكَى ذلك عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الإِذْنَ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلى ما جَرَتْ به العادَةُ ، والعَادَةُ جَارِيَةٌ بالتِّجارَةِ سَفَرًا وحَضَرًا ، ولأنَّ المُضارَبَةَ مُشْتَقَّةٌ من

١٤٦/٤ ظ

(٤) فى الأصل : « بشرائه » .

(٥) فى م : « لا » .

(٦) ذكره ابن قتيبة ، فى غريب الحديث ٢ / ٥٦٤ . وابن الأثير ، فى النهاية ٤ / ٩٨ .

الضَّرْبِ فى الأرْضِ ، فمَلَكَ ذلك بمُطْلَقِها ، وهذان الوَجْهَانِ فى المُطْلَقِ . فأمَّا إن أُذِنَ فى السَّفَرِ ، أو نُهِىَ عنه ، أو وُجِدَتْ قَرِينَةٌ دالَّةٌ على أحَدِ الأمْرَيْنِ ، تَعَيَّنَ ذلك ، وثَبَتَ ما أُمِرَ به . وحُرِّمَ ما نُهِىَ عنه . وليس له السَّفَرُ فى مَوْضِعٍ مَخُوفٍ ، على الوَجْهَيْنِ جميعا . وكذلك لو أُذِنَ له فى السَّفَرِ مُطْلَقًا ، لم يكنْ له السَّفَرُ فى طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، ولا إلى بَلَدٍ مَخُوفٍ ، فإن فَعَلَ ، فهو ضامِنٌ لما يَتْلَفُ ؛ لأنَّه مُتعَدٍّ بِفِعْلِ ما ليس له فِعْلُه . وإن سَافَرَ فى طَرِيقٍ آمِنٍ ، جَازَ ، ونَفَقَتُه فى مالِ نَفْسِه . وبهذا قال ابنُ سِيرِينَ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ ، وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، ومالِكٌ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : يُنْفِقُ من المالِ بالمَعْرُوفِ ، إذا شَخَصَ به عن البَلَدِ / ؛ لأنَّ سَفَرَهُ لأَجْلِ المالِ ، فكانت نَفَقَتُه منه ، كأُجْرِ الحَمَّالِ . ولَنا ، أنَّ نَفَقَتَهُ تَخُصُّه ، فكانت عليه ، كنَفَقَةِ الحَضَرِ ، وأُجْرِ الطَّبِيبِ ، وثَمَنِ الطِّيبِ[7] ، ولأنَّه دَخَلَ على أنَّه يَسْتَحِقُّ من الرِّبْحِ الجُزْءَ المُسَمَّى ، فلا يكونُ له غيرُه ، ولأنَّه لو اسْتَحَقَّ النَّفَقَةَ أفْضَى إلى أن يَخْتَصَّ بالرِّبْحِ إذا لم يَرْبَحْ سِوَى ما أنْفَقَهُ . فأمَّا إن اشْتَرَطَ[8] له النَّفَقَةَ ، فله ذلك ، وله ما قَدَّرَ له من مَأْكُولٍ ومَلْبُوسٍ ومَرْكُوبٍ وغيرِه . قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الأثْرَمِ : أحَبُّ إلىَّ أن يَشْتَرِطَ نَفَقَةً مَحْدُودَةً ، وإن أطْلَقَ صَحَّ . نَصَّ عليه . وله نَفَقَتُه من المَأْكُولِ ، ولا كُسْوَةَ له . قال أحمدُ : إذا قال : له نَفَقَتُه . فإنَّه يُنْفِقُ . قِيلَ له : فيَكْتَسِى؟ قال : لا ، إنَّما له النَّفَقَةُ . وإن كان سَفَرُه طَوِيلًا ، يَحْتَاجُ إلى تَجْدِيدِ كُسْوَةٍ ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ جَوازُها ؛ لأنَّه قِيلَ له : فلم يَشْتَرِطِ الكُسْوَةَ ، إلَّا أنَّه فى بَلَدٍ بَعِيدٍ ، وله مُقَامٌ طَوِيلٌ ، يَحْتَاجُ فيه إلى كُسْوَةٍ ؟ فقال : إذا أُذِنَ له فى النَّفَقَةِ فَعَلَ ، ما لم يَحْمِلْ على مالِ الرَّجُلِ ، ولم يكُنْ ذلك قَصْدَه . هذا مَعْنَاهُ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : إذا شَرَطَ له النَّفَقَةَ ، فله جَمِيعُ نَفَقَتِه ، من مَأْكُولٍ ومَلْبُوسٍ[9] بالمَعْرُوفِ .

٤/١٤٧ و

(٧) فى ب ، م : « الطب » .

(٨) فى ا ، ب : « شرط » .

(٩) فى م : « أو ملبوس » .

وقال أحمدُ : يُنْفِقُ على مَعْنَى ما كان يُنْفِقُ على نَفْسِه ، غيرَ مُتَعدٍّ بالنَّفَقةِ ، ولا مُضِرٍّ بالمالِ . ولم يَذْهَبْ أحمدُ إلى تَقْدِيرِ النَّفَقةِ ؛ لأنَّ الأَسْعَارَ تَخْتَلِفُ ، وقد تَقِلُّ ، وقد تَكْثُرُ[10] . فإن اخْتلَفَا فى قَدْرِ النَّفقةِ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يَرْجِعُ فى القُوتِ إلى الإطْعَامِ فى الكَفَّارَةِ ، وفى الكُسْوَةِ إلى أقَلِّ مَلْبُوسِ مثلِه . فإن كان معه مالٌ لِنَفْسِه مع مالِ المُضَارَبةِ ، أو كان معه مُضَارَبةٌ أُخْرَى ، أو بِضَاعةٌ لآخَرَ ، فالنَّفَقةُ على قَدْرِ المالَيْنِ ، لأنَّ النَّفَقةَ إنَّما كانت لأَجْلِ السَّفرِ ، والسَّفَرُ للمالَيْنِ ، فيَجِبُ أن تكونَ النَّفقةُ مَقْسُومَةً على قَدْرِهِما ، إلَّا أن يكونَ رَبُّ المالِ قد شَرَطَ له النَّفقةَ مع عِلْمِه بذلك . ولو أُذِنَ له فى السَّفرِ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، أو غيرِ مُعَيَّنٍ ، ثم لَقِيَهُ رَبُّ المالِ فى السَّفرِ ، إمَّا بذلك المَوْضِعِ ، أو فى غيرِه ، وقد نَضَّ المالُ ، فأخَذَ مالَه ، فطَالَبه العامِلُ بنَفقةِ الرُّجُوعِ إلى بَلَدِه ، لم يَكُنْ له ؛ لأنَّه إنما يَسْتَحِقُّ[11] النَّفقةَ ما دَامَا فى القِرَاضِ ، وقد زَالَ ، فزَالَتِ النَّفَقةُ ، ولذلك[12] لو مات لم يَجِبْ تَكْفِينُه . وقد قِيلَ : له ذلك ؛ لأنَّه كان شَرَطَ له نَفَقةَ ذَهَابِه ورُجُوعِه وغيرِه ، بِتَسْفِيرِه إلى المَوْضِعِ الذى أُذِنَ له فيه ، مُعْتَقِدًا أنَّه مُسْتَحِقٌّ لِلنَّفَقةِ ذاهِبًا وراجِعًا ، فإذا قَطَعَ عنه النَّفقةَ ، تَضَرَّرَ بذلك .

فصل : وحُكْمُ المُضَارِبِ حُكْمُ الوَكِيلِ ، فى أنَّه ليس له أن يَبِيعَ بأَقَلَّ من ثَمَنِ المِثْلِ ، ولا يَشْتَرِىَ بأَكْثَرَ منه ، ممَّا لا يَتَغَابَنُ / الناسُ بمِثْلِه ، فإن فَعَلَ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ البَيْعَ يَصِحُّ[13] ، ويَضْمَنُ النَّقْصَ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَنْجَبِرُ بضَمانِ النَّقْصِ . والقِيَاسُ أنَّ البَيْعَ باطِلٌ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لم يُؤْذَنْ له فيه ، فأَشْبَهَ بَيْعَ الأَجْنَبِىِّ . فعلى هذا ، إن تَعَذَّرَ رَدُّ المَبِيعِ ، ضَمِنَ النَّقْصَ أيضا ، وإن أمْكَنَ رَدُّه ، وَجَبَ رَدُّه إن كان باقِيًا ، أو قِيمَتُه إن كان تالِفًا ، ولِرَبِّ المالِ مُطَالَبَةُ مَن شاءَ من العامِلِ

١٤٧/٤ ظ

---

(١٠) فى م : « وتكثر » .

(١١) فى ا : « استحق » .

(١٢) فى الأصل : « وكذلك » .

(١٣) فى الأصل : « صحيح » .

أو المُشْتَرِى ، فإن أخذَ من المُشْتَرِى قِيمَتَهُ رَجعَ المُشْتَرِى على العامِلِ بالثمَنِ ، وإن رَجَعَ على العامِلِ بقِيمَتِه رَجعَ العامِلُ على المُشْتَرِى بها ، وردَّ عليه الثمنَ ؛ لأنَّ التَّلفَ حَصَلَ فى يَده. وأما ما يَتغَابَنُ الناسُ بمثلِه ، فغيرُ مَمْنُوعٍ منه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحرُّزُ منه ، وأما إذا اشْتَرَى بأكْثَرَ من ثَمنِ المِثْلِ بعَيْنِ المالِ ، فهو كالبَيْعِ . وإن اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، لَزِمَ العامِلَ دون رَبِّ المالِ ، إلَّا أن يُجيزَه ، فيكونَ له . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال القاضى : إن أطْلَقَ الشِّرَاءَ ولم يَذْكُرْ رَبَّ المالِ ، فكذلك ، وإن صَرَّحَ للبائِعِ أنَّنى اشْتَرَيْتُه لِفُلَانٍ ، فالبَيْعُ باطِلٌ أيضا .

فصل : وهل له أن يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ بغير نَقْدِ البَلَدِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ الأُولَى ، جَوَازُه إذا رَأَى أنَّ[14] المَصْلَحَةَ فيه ، والرِّبْحَ حاصِلٌ به ، كما يجوزُ أن يَبِيعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ ويَشْتَرِيَهُ به . فإذا قُلْنا : لا يَمْلِكُ ذلك . ففَعَلَهُ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو اشْتَرَى أو باعَ بغيرِ ثَمَنِ المِثْلِ . وإن قال له : اعْمَلْ برَأْيِكَ . فله ذلك . وهل له الزِّرَاعَةُ ؟ يَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأنَّ المُضَارَبَةَ لا يُفْهَمُ من إطْلَاقِها المُزَارَعَةُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فى مَن دَفَعَ إلى رَجُلٍ ألْفًا ، وقال : اتَّجِرْ فيها بما شِئْتَ . فزَرَعَ زَرْعًا ، فرَبِحَ فيه ، فالمُضَارَبَةُ جائِزَةٌ ، والرِّبْحُ بينهما . قال القاضى : ظَاهِرُ هذا أنَّ قولَه : اتَّجِرْ بما شِئْتَ . دَخَلَتْ فيه المُزَارَعَةُ ؛ لأنَّها من الوُجُوهِ التى يُبْتَغَى بها النَّماءُ ، وعلى هذا لو تَوِىَ[15] المالُ كلُّه[16] فى المُزَارَعَةِ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُه .

فصل : وله أن يَشْتَرِىَ المَعِيبَ ، إذا رَأَى المَصْلَحَةَ فيه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ الرِّبْحُ ، وقد يكونُ الرِّبْحُ فى المَعِيبِ . فإن اشْتَرَاهُ يَظُنُّه سَلِيمًا ، فبَانَ مَعِيبًا ، فله فِعْلُ ما يَرَى المَصْلَحَةَ فيه ، من رَدِّه بالعَيْبِ ، أو إمْسَاكِه وأخْذِ أرْشِ العَيْبِ . فإن اخْتَلَفَ العامِلُ ورَبُّ المالِ فى الرَّدِّ ، فطَلَبَه[17] أحَدُهما ، وأبَاهُ الآخَرُ ، فَعَلَ ما فيه النَّظَرُ والحَظُّ ؛ لأنَّ

---

(14) سقط من : ب ، م .

(15) توى المال : هلك .

(16) سقط من : ا ، ب .

(17) فى ا ، ب ، م : « فطالبه » .

المَقْصُودَ تَحْصِيلُ الحَظِّ ، فيُحْمَلُ[18] الأَمْرُ على[19] ما فيه الحَظّ . وأمَّا الشَّرِيكَان [20]إذا اخْتَلَفَا[20] فى رَدِّ المَعِيبِ ، فلِطَالِبِ الرَّدِّ رَدُّ نَصِيبِه ، وللآخَرِ إمْسَاكُ نَصِيبِه ، إلَّا أن يكونَ البائِعُ لم يَعْلَمْ أن الشِّرَاءَ لهما جَمِيعًا ، فلا يَلْزَمُه قَبُولُ رَدِّ بَعْضِه ؛ لأنَّ ظَاهِرَ الحالِ أنَّ العَقْدَ لمن وَلِيَهُ ، فلم يَجُزْ إدْخَالُ الضَّرَرِ على البائِعِ بِتَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ عليه . ولو أرَادَ الذى وَلِىَ العَقْدَ رَدَّ بعضِ / المَبِيعِ وإمْسَاكَ البَعْضِ ، كان حُكْمُه حُكْمَ مالو أرَادَ شَرِيكُه ذلك ، على ما فَصَّلْنَاهُ . ١٤٨/٤و

فصل : وليس له أن يَشْتَرِىَ مَن يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ عليه فيه ضَرَرًا . فإن اشْتَرَاهُ بإذْنِ رَبِّ المالِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَشْتَرِيَهُ بِنَفْسِه ، فإذا أذِنَ لغيرِه فيه ، جازَ ، ويَعْتِقُ عليه ، وتَنْفَسِخُ المُضَارَبَةُ فى قَدْرِ ثَمَنِه ؛ لأنَّه قد تَلِفَ ، ويكونُ مَحْسُوبًا[21] على رَبِّ المالِ . فإن كان ثَمَنُهُ كلَّ المالِ ، انْفَسَخَتِ المُضَارَبَةُ . وإن كان فى المالِ رِبْحٌ ، رَجع[22] العامِلُ بِحِصَّتِه منه ، وإن كان بغيرِ إذْنِ رَبِّ المالِ ، احْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ الشِّرَاءُ إذا كان الثمَنُ عَيْنًا ؛ لأنَّ العامِلَ اشْتَرَى ما ليس له أن يَشْتَرِيَهُ ، فكان بِمَنْزِلَةِ مالو اشْتَرَى شيئا بأكْثَرَ من ثَمَنِه ، ولأنّ الإذْنَ فى المُضَارَبَةِ إنما يَنْصَرِفُ إلى ما يمكنُ بَيْعُه والرِّبْحُ فيه ، فلا يَتَنَاوَلُ غير ذلك . وإن كان[23] اشْتَرَاهُ فى الذِّمَّةِ ، وَقَعَ الشِّرَاءُ للعاقِدِ ، وليس له دَفْعُ الثَّمَنِ من مالِ المُضَارَبَةِ ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ . [24]وهذا قول[24] الشَّافِعِىِّ وأكْثَرِ الفُقَهاءِ . وقال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ صِحَّةُ الشِّرَاءِ ؛ لأنه مالٌ مُتَقَوَّمٌ قابِلٌ للعُقُودِ ، فصَحَّ شِرَاؤُه ، كما لو اشْتَرَى مَن نَذَرَ رَبُّ المالِ إعْتَاقَهُ ، ويَعْتِقُ على رَبِّ المالِ ، وتَنْفَسِخُ

---

(١٨) فى ا ، ب ، م : « فيحتمل » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى الأصل : « محبوسا » .

(٢٢) فى ب ، م : « جعل » .

(٢٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٤ – ٢٤) فى ب ، م : « وبهذا قال » .

المُضَارَبةُ فيه . ويَلْزَمُ العامِلَ ضَمَانُه ، على ظَاهِرِ كلامِ أحمدَ ، عَلِمَ بذلك أو جَهِلَ ؛ لأنَّ مالَ المُضَارَبةِ تَلِفَ بِسَبَبِه ، ولا فَرْقَ فى الإتْلَافِ المُوجِبِ للضَّمانِ بين العِلْمِ والجَهْلِ . وفيما يَضْمَنُه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، قِيمَتُه ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ فيه ثم تَلِفَ ، فأشْبَه ، مالو أتْلَفَهُ بِفِعْلِه . والثانى ، الثَّمَنُ الذى اشْتَراهُ به ؛ لأنَّ التَّفْرِيطَ منه حَصَلَ بالشِّرَاءِ ، وبَذْلِ الثَّمَنِ فيما يَتْلَفُ بالشِّرَاءِ ، فكان عليه ضَمَانُ ما فَرَّطَ فيه . ومتى ظَهَرَ فى المال رِبْحٌ فلِلعَامِلِ حِصَّتُه منه . وقال أبو بكرٍ : إن لم يكُنِ العامِلُ عَالِمًا بأنَّه يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ لِمعْنًى فى المَبِيعِ لم يَعْلَمْ به المُشْتَرِى ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا لم يَعْلَمْ بِعَيْبِه ، فتَلِفَ به . قال : ويَتَوَجَّهُ أن لا يَضْمَنَ ، وإن عَلِمَ .

فصل : وإن اشْتَرَى امْرَأَةَ رَبُّ المالِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وانْفَسَخَ النِّكاحُ . فإن كان قبلَ الدُّخولِ ، فهل يَلْزَمُ الزَّوْجَ نِصفُ الصَّدَاقِ ؟ فيه وَجْهانِ ، ذَكَرْناهُما فى غير هذا المَوْضِعِ. فإن قُلْنا : يَلْزَمُه . رَجَعَ به على العامِلِ ؛ لأنَّه سَبَبُ[25] تَقْرِيرِه عليه ، فرَجَعَ عليه ، كما لو أفْسَدَت امْرَأةٌ نِكَاحَه بالرِّضَاعِ . وإن اشْتَرَى[26] زَوْجَ رَبَّةِ المالِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لأنَّها مَلَكَتْ زَوْجَها . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ الشِّرَاءُ إذا كان بغيرِ إذْنِها ؛ لأنَّ الإذْنَ إنَّما يتَنَاوَلُ شِرَاءَ مَالَها فيه حَظٌّ ، وشِرَاءُ زَوْجِها يَضُرُّ بها ؛ لأنَّه يَفْسَخُ نِكَاحَها ، ويَضُرُّ بها ، ويُسْقِطُ حَقَّها من النَّفَقةِ والكُسْوَةِ ، فلم يَصِحَّ كشِرَاءِ ابْنِها . ولَنا ، أنَّه اشْتَرَى ما يُمْكِنُ طَلَبُ الرِّبْحِ فيه ، فجازَ ، كما لو اشْتَرَى أجْنَبِيًّا . ولا ضَمَانَ على العامِلِ فيما يَفُوتُ من المَهْرِ ويَسْقُطُ من النَّفَقةِ ؛ لأنَّ ذلك لا يَعُودُ إلى المُضَارَبةِ ، وإنَّما هو بِسَبَبٍ آخَرَ . ولا فَرْقَ بين شِرَائِه فى الذِّمَّةِ أو بِعَيْنِ المالِ .

/ **فصل** : وإن اشْتَرَى المَأْذُونُ له مَن يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ بإذْنِه ، صَحَّ وعَتَقَ . فإن كان ١٤٨/٤ظ

---

(٢٥) فى الأصل ، ا : « يثبت » .

(٢٦) سقط من : ب .

على المَأْذُونِ له دَيْنٌ يَسْتغْرِقُ قِيمَتَه وما فى يَدِه ، وقُلْنا : يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِرَقَبَتِه . فعليه دَفْعُ قِيمَةِ العَبْدِ الذى عَتَقَ إلى الغُرَماءِ ؛ لأنَّه الذى أتْلَفَ عليهم بالعَتْقِ . وإن نَهاهُ عن الشِّرَاءِ ، فالشِّرَاءُ باطِلٌ ؛ لأنَّه يَمْلِكُه بالإِذْنِ ، وقد زَالَ بالنَّهْيِ . وإن أطْلَقَ الإِذْنَ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ شِرَاؤُه ؛ لأنَّ مَن صَحَّ أن يَشْتَرِيَه السَّيِّدُ ، صَحَّ شِرَاءُ المَأْذُونِ له ، كالأَجْنَبِيِّ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ إذا أَذِنَ له فى التِّجارَةِ ولم يَدْفَعْ إليه مَالًا . وقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ فيه إتْلافًا على السَّيِّدِ ، فإنَّ إذْنَه يَتَناوَلُ ما فيه حَظٌّ ، فلا يَدْخُلُ فيه الإِتْلافُ . وفارَقَ عامِلَ المُضَارَبةِ ؛ لأنَّه يَضْمَنُ القِيمَةَ ، فيَزُولُ الضَّرَرُ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ ، كالوَجْهَيْنِ . وإن اشْتَرَى امْرَأَةَ رَبِّ المالِ ، أو زَوْجَ رَبَّةِ المالِ ، فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْنِ أيضا ، كَشِرَاءِ مَن يَعْتِقُ بالشِّرَاءِ .

فصل : وإن اشْتَرَى المُضارِبُ مَن يَعْتِقُ عليه ، صَحَّ الشِّرَاءُ . فإن لم يكُنْ ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ ، وإن ظَهَرَ فيه رِبْحٌ ، ففيه وَجْهانِ ، مَبْنِيَّانِ على العامِلِ متى يَمْلِكُ الرِّبحَ ؟ فإن قُلْنا : يَمْلِكُه بالقِسْمَةِ . لم يَعْتِقْ منه شىءٌ ؛ لأنَّه ما مَلَكَهُ . وإن قُلْنا : يَمْلِكُه بالظُّهُورِ . ففيه وَجهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَعْتِقُ . وهو قولُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه لم يَتِمَّ مِلْكُه عليه ، لأنَّ الرِّبْحَ وِقَايَةٌ لِرَأْسِ[27] المالِ ، فلم يَعْتِقْ لذلك . والثانى ، يَعْتِقُ بِقَدْرِ حِصَّتِه من الرِّبْحِ ، إن كان مُعْسِرًا ، ويُقَوَّمُ عليه بَاقِيه إن كان مُوسِرًا ؛ لأنَّه مَلَكَهُ بفِعْلِه ، فيَعْتِقُ[28] عليه ، كما لو اشْتَراهُ بمالِه . وهذا قولُ القاضى ، ومذهبُ أصْحابِ أبى حنيفةَ ، لكن عِنْدَهم يسْتَسْعى فى بَقِيَّتِه إن كان مُعْسِرًا . ولَنا رِوايَةٌ كقَوْلِهم . وإن اشْتَراهُ ولم يَظْهَرْ رِبْحٌ ، ثم ظَهَرَ بعدَ ذلك ، والعَبْدُ باقٍ فى التِّجارَةِ ، فهو كما لو كان الرِّبْحُ ظاهِرًا وَقْتَ الشِّرَاءِ . وقال الشَّافِعِىُّ : إن اشْتَراهُ بعدَ ظُهُورِ الرِّبحِ ، لم يَصِحَّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن يَتَنَجَّزَ[29] العامِلُ حَقَّهُ قبل رَبِّ المالِ . ولَنا ، أنَّهما شَرِيكانِ ، فصَحَّ

---

(27) فى الأصل : « رأس » .

(28) فى ب : « فعتق » .

(29) فى ا ، ب ، م : « ينجز » .

شِرَاءُ كلِّ واحِدٍ منهما مَن يَعْتِقُ عليه ، كشَرِيكَيِ العِنَانِ .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِىَ بأكْثَرَ من رَأْسِ المالِ ؛ لأنَّ الإذْنَ ما تَنَاولَ أكْثَرَ منه . فإن كان رَأْسُ المالِ أَلْفًا ، فاشْتَرَى عَبْدًا بألْفٍ ، ثم اشْتَرَى عَبْدًا آخَرَ بعَيْنِ الألْفِ ، فالشِّرَاءُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه اشْتَرَاهُ بمالٍ يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُه فى البَيْعِ الأوَّلِ . وإن اشْتَرَاهُ فى ذِمَّتِه ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، والعَبْدُ له ؛ لأنَّه اشْتَرَى / فى ذِمَّتِه لغيرِه ما لم يَأْذَنْ له فى شِرَائِه ، فوَقَعَ له . وهل يَقِفُ على إجَازَةِ رَبِّ المالِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . ومذهبُ الشّافِعِىِّ كنَحْوِ ما ذَكَرْنَا . ١٤٩/٤و

فصل : وليس لِلْمُضَارِبِ وَطْءُ أَمَةٍ من المُضَارَبةِ ، سواءٌ ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ أو لم يَظْهَرْ ، فإن فَعَلَ ، فعليه المَهْرُ والتَّعْزِيرُ . وإن عَلِقَتْ منه ولم يَظْهَرْ فى المالِ رِبْحٌ ، فوَلَدُه رَقِيقٌ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه فى غير مِلْكٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لذلك[30] . وإن ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ، وعليه قِيمَتُها . ونحوَ هذا قال سفيانُ وإسحاقُ . وقال القاضى : إن لم يَظْهَرْ رِبْحٌ ، فعليه الحَدُّ ؛ لأنَّه وَطِئَ فى غير مِلْكٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أنَّ عليه التَّعْزِيرَ ؛ لأنَّ ظُهُورَ الرِّبْحِ يَنْبَنِى على التَّقْوِيمِ ، والتَّقْوِيمُ غيرُ مُتَحَقِّقٍ ، لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ السِّلَعَ تُسَاوِى أكْثَرَ مما قُوِّمَتْ به ؛ فيكونُ ذلك[31] شُبْهَةً فى دَرْءِ الحَدِّ ، لأنَّه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ .

فصل : وليس لِرَبِّ المالِ وَطْءُ الأَمَةِ أيضا ؛ لأنَّه يَنْقُصُها إن كانت بِكْرًا ، ويُعَرِّضُها للخُرُوجِ من المُضارَبةِ والتَّلَفِ ، فإن فَعَلَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه . وإن عَلِقَتْ منه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدِه ، وَوَلَدُه حُرٌّ ؛ لذلك[30] ، وتَخْرُجُ من المُضارَبةِ ، وتُحْسَبُ قِيمَتُها ، ويُضَافُ إليها بَقِيَّةُ المالِ ، فإن كان فيه رِبْحٌ فلِلْعَامِلِ حِصَّتُه منه .

فصل : وإذا أذِنَ رَبُّ المالِ لِلْمُضَارِبِ فى الشِّرَاءِ [32]من مالِ المُضارَبةِ[32] ،

---

(٣٠) فى ا ، ب ، م : « كذلك » .

(٣١) فى الأصل : « له » .

(٣٢ - ٣٢) سقط من : الأصل .

فاشْتَرَى جَارِيَةً لِيتَسَرَّى بها ، خَرَجَ ثَمَنُها من المُضارَبِة ، وصَارَ قَرْضًا فى ذِمَّتِه ؛ لأنَّ اسْتِباحَةَ البُضْعِ لا تَحْصُلُ إلَّا بمِلْكِه ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ ﴾[٣٣] .

فصل : وليس لواحِدٍ منهما تَزْويجُ الأَمَةِ ؛ لأنَّه يَنْقُصُها ، ولا مُكاتَبَةُ العَبْدِ ؛ لذلك . فإن اتَّفقَا على ذلك ، جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما لا يَخْرُجُ عنهما .

فصل : وليس لِلْمُضارِبِ دَفْعُ المالِ إلى آخرَ مُضارَبةً . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ الأَثْرَمِ ، وحَرْبٍ ، وعبدِ الله ، قال : إن أَذِنَ له رَبُّ المالِ ، وإلَّا فلا . وخَرَّجَ القاضِى وَجْهًا فى جَوازِ ذلك ، بِنَاءً على تَوْكِيلِ الوَكِيلِ من غيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ . ولا يَصِحُّ هذا التَّخْرِيجُ ، وقِيَاسُه على الوَكِيلِ مُمْتَنِعٌ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّه إنَّما دَفَعَ إليه المالَ هـٰهُنا لِيُضارِبَ به ، وبِدَفْعِهِ إلى غيرِه مُضَارَبةً[٣٤] يَخْرُجُ عن كَوْنِـه مُضارِبًـا به ، بِخِـلَافِ الوَكِيلِ . الثانى ، أنَّ هذا يُوجِبُ فى المالِ حَقًّا لغيرِه ، ولا يجوزُ إيجابُ حَقٍّ فى مالِ إنْسانٍ بغيرِ إذْنِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . ولا أعْرِفُ عن غيرِهم خِلافَهم . فإن فَعَلَ ، فلم يَتْلَف المالُ ، ولا ظَهَرَ فيه رِبْحٌ ، رَدَّه إلى مالِكِه ، ولا شىءَ له ولا عليه . وإن تَلِفَ ، أو رَبِحَ فيه ، فقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ : هو فى الضَّمَانِ والتَّصَرُّفِ كالغاصِبِ ، ولِرَبِّ المالِ مُطَالَبَةُ مَنْ شاءَ منهما بِرَدِّ المالِ / إن كان بَاقِيًا ، ويَرُدُّ بَدَلَهُ إن كان تَالِفًا ، أو تَعَذَّرَ رَدُّه ، فإن طالَبَ الأَوَّلَ ، وضَمَّنَه قِيمَةَ التَّالِفِ ، ولم يكن الثانى عَلِمَ[٣٥] بالحالِ ، لم يَرْجِعْ عليه بِشىءٍ[٣٦] منه[٣٧] ؛ لأنَّه دَفَعَهُ إليه على وَجْهِ الأَمَانةِ . وإن عَلِمَ بالحالِ ، رَجَعَ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَ مالَ غيرِه على سَبِيلِ العُدْوانِ ، وتَلِفَ تحت يَدِه ، فاسْتَقَرَّ ضَمَانُه[٣٨]

١٤٩/٤ ظ

---

(٣٣) سورة المؤمنون ٦ .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) فى م : « على علم » .

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٨) فى ا : « الضمان » .

عليه . وإن ضَمَّنَ الثانى مع عِلْمِه بالحالِ ، لم يَرْجعْ على الأَوَّلِ . وإن لم يَعْلَمْ ، فهل يَرْجِعُ على الأَوَّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدِهما ، يَرْجِعُ عليه ؛ لأنَّه غَرَّهُ ، فأشْبَه مالو غَرَّهُ بحُرِّيَةِ أَمَةٍ . والثانى : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ التَّلَفَ كان فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن رَبِحَ فى المالِ ، فالرِّبْحُ لمالِكِه ، ولا شىءَ لِلْمُضارِبِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه مالٌ ولا عَمَلٌ . وهل للثانى أجْرُ مِثْلِه ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، له ذلك ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فكان له أجْرُ مِثْلِه ، كالمُضارَبةِ الفاسِدَةِ . والثانية ، لا شىءَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَسْتَحِقَّ لذلك عِوَضًا ، كالغاصِبِ . وفارَقَ المُضارَبَةَ ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِه بإذْنِه . وسواءٌ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ أو فى الذِّمَّةِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّة يكونُ الرِّبْحُ له ، لأنَّه رَبِحَ فيما اشْتَراهُ فى ذِمَّتِه ممَّا لم يَقَعْ[39] الشِّرَاءُ فيه لغيرِه ، فأشْبَهَ مالو لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ من مالِ رَبِّ المالِ . قال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ : هذا قولُ أكْثَرِهم . يعنى قولَ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأبى حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن كان عَالِمًا بالحالِ ، فلا شىءَ لِلْعَامِلِ ، كالغَاصِبِ ، وإن جَهِلَ الحالَ ، فله أجْرُ مثلِه ، يَرْجِعُ به على المُضارِبِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه غَرَّهُ ، واسْتَعْمَلَهُ بِعِوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فوَجَبَ أجْرُه عليه ، كما لو اسْتَعْمَلَهُ فى مالِ نَفْسِه . وقال القاضى : إن اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فالشِّراءُ باطِلٌ . وإن كان اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ المالَ ، وكان قد شَرَطَ رَبُّ المالِ لِلْمُضارِبِ النِّصْفَ ، فدَفَعَهُ المُضارِبُ إلى آخَرَ ، على أن يكونَ لِرَبِّ المالِ النِّصْفُ ، والنِّصْفُ الآخَرُ بينهما ؛ فهو على ما اتَّفَقُوا عليه ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ رَضِىَ بنِصْفِ[40] الرِّبْحِ ، فلا يَدْفَعُ إليه أكْثَرَ منه ، والعامِلَانِ على ما اتَّفَقَا عليه . وهذا قولٌ قَدِيمٌ للشَّافِعِىِّ . وليس هذا مُوافِقًا لأُصُولِ المَذْهَبِ ، ولا لِنَصِّ أحمدَ ، فإنَّ أحمدَ قال : لا يَطِيبُ الرِّبْحُ لِلْمُضارِبِ . ولأنَّ المُضارِبَ الأَوَّلَ ليس له عَمَلٌ ولا مالٌ ، ولا يَسْتَحِقُّ الرِّبحَ فى المُضارَبةِ إلَّا بواحِدٍ منهما ، والعامِلُ الثانى عَمِلَ فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ولا شَرْطِه ، فلم يَسْتَحِقّ ما شَرَطَهُ[41] له غيرُه ، كما لو دَفَعَهُ إليه الغاصِبُ

---

(39) فى ا ، ب ، م زيادة : « فى » .
(40) فى الأصل : « بالنصف من » .
(41) فى الأصل : « شرط » .

مُضارَبةً ، ولأنَّه إذا لم يَسْتَحِقَّ ما شَرَطَهُ له رَبُّ المالِ فى المُضَارَبةِ الفاسِدَةِ ، فما شَرَطَهُ له غيرُه بغيرِ إذْنِه أَوْلَى .

١٥٠/٤و **فصل** : وإن أَذِنَ رَبُّ المالِ فى دَفْعِ / المالِ مُضارَبةً ، جَازَ ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . ويكونُ العامِلُ الأَوَّلُ وَكِيلًا لِرَبِّ المالِ فى ذلك . فإذا دَفَعَهُ إلى آخَرَ ، ولم يَشْرُطْ لِنَفْسِه شيئا من الرِّبْحِ ، كان صَحِيحًا . وإن شَرَطَ لِنَفْسِه شيئا من الرِّبْحِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه ليس من جِهَتِه مالٌ ولا عَمَلٌ ، والرِّبْحُ إنَّما يُسْتَحَقُّ بواحِدٍ منهما . وإن قال : اعْمَلْ برَأْيِكَ ، أو بما أَرَاكَ اللهُ . جازَ له دَفْعُه مُضَارَبةً . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه قد يَرَى أن يَدْفَعَهُ إلى أَبْصَرَ منه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ له ذلك ؛ لأنَّ قَوْلَه : اعْمَلْ برَأْيِكَ . يَعْنِى فى كَيْفِيَّةِ المُضارَبةِ والبَيْعِ والشِّرَاءِ وأنْواعِ التِّجارَةِ ، وهذا يَخْرُجُ به عن المُضَارَبةِ ، فلا يَتناوَلُه إذْنُه .

فصل : وليس له أن يَخْلِطَ مالَ المُضَارَبةِ بمَالِه ، فإن فَعَلَ ولم يَتَمَيَّزْ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه أَمَانةٌ ، فهو[٤٢] كالوَدِيعَةِ . فإن قال له : اعْمَلْ برَأْيِكَ . جازَ[٤٣] ذلك . وهو قولُ مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأَصْحابِ الرَّأْيِ . وقال الشَّافِعِيُّ : ليس له ذلك . وعليه الضَّمانُ إن فَعَلَهُ ؛ لأنَّ ذلك ليس من التِّجارَةِ . ولَنا ، أنَّه قد يَرَى الخَلْطَ أَصْلَح له ، فيَدْخُلُ فى قَوْلِه : اعْمَلْ برَأْيِكَ . وهكذا القولُ فى المُشَارَكةِ به ليس له فِعْلُها ، إلَّا أن يقولَ : اعْمَلْ برَأْيِكَ . فيَمْلِكُها .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِىَ خَمْرًا ولا خِنْزِيرًا ، سواءٌ كانا مُسْلِمَيْنِ أو كان أَحَدُهُما مُسْلِمًا والآخَرُ ذِمِّيًّا ، فإن فَعَلَ ، فعليه الضَّمانُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان العامِلُ ذِمِّيًّا صَحَّ شِرَاؤُه لِلْخَمْرِ ، وبَيْعُه إيَّاها ؛ لأنَّ المِلْكَ عندَه يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، وحُقُوقُ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ به . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يَصِحُّ شِرَاؤُه إيَّاها ؛ لأنَّ

---

(٤٢) فى ا ، ب ، م : « فهى » .

(٤٣) فى م زيادة : « له » .

المِلْكَ فيها يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، ولا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه يَبِيعُ ما ليس بمِلْكٍ له[44] ، ولا لِمُوَكِّلِه . ولَنا ، أنَّه إن كان العامِلُ مُسْلِمًا ، فقد اشْتَرَى خَمْرًا ، ولا يَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ خَمْرًا ولا يَبِيعَهُ ، وإن كان ذِمِّيًّا ، فقد اشْتَرَى لِلْمُسْلِمِ مالا يَصِحُّ أن يَمْلِكَه ابْتِداءً ، فلا يَصِحُّ ، كما لو اشْتَرَى الخِنْزِيرَ ، ولأنَّ الخَمْرَ مُحَرَّمَةٌ ، فلا يَصِحُّ شِرَاؤُها له ، كالخِنْزِيرِ والمَيْتَةِ ، ولأنَّ ما لا يجوزُ بَيْعُه لا يجوزُ شِرَاؤُه ، كالمَيْتَةِ والدَّمِ . وكلُّ ما جَازَ فى الشَّرِكَةِ ، جازَ فى المُضَارَبةِ ، وما جَازَ فى المُضَارَبةِ ، جازَ فى الشَّرِكَةِ ، وما مُنِعَ منه فى إحْداهما[45] مُنِعَ منه فى الأُخْرَى[46] ؛ لأنَّ المُضارَبةَ شَرِكَةٌ ، ومَبْنَى كل واحِدَةٍ منهما على الوَكَالَةِ والأَمَانَةِ .

٨٣٣ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا ضَارَبَ لِرَجُلٍ ، لَمْ يَجُزْ أنْ يُضَارِبَ لِآخَرَ ، إذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْأَوَّلِ . فَإنْ فَعَلَ ، ورَبِحَ ، رَدَّهُ فى شَرِكَةِ الأَوَّلِ)

وجملَةُ ذلك أنَّه إذا أخَذَ من إنْسانٍ[1] مُضَارَبةً ، ثم أرادَ أخْذَ مُضارَبةٍ أُخْرَى[2] من آخَرَ ، فأَذِنَ له الأَوَّلُ ، جازَ . وإن لم يَأْذَنْ له[3] ، ولم يكُنْ عليه / ضَرَرٌ ، جازَ أيضا ، بغير خِلَافٍ ، وإن كان فيه ضَرَرٌ على رَبِّ المالِ الأَوَّلِ[4] ، ولم يَأْذَنْ له[5] ، مثل أن يكونَ المالُ الثانِى كَثِيرًا يَحْتاجُ[6] أن يَقْطَعَ زَمانَهُ ، ويَشْغَلَه عن التِّجارَةِ فى الأَوَّلِ ، أو يكونَ[7]

٤/١٥٠ ظ

---

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) فى ا ، ب ، م : « أحدهما » .

(٤٦) فى الأصل : « الآخر » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٦) فى م زيادة : « إلى » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « ويكون » .

المالُ الأوَّلُ كثيرًا متى اشْتَغَلَ عنه بغيرِه انْقطَعَ عن بعضِ تصرُّفاتِه ، لم يَجُزْ له ذلك . وقال أكْثَرُ الفقهاءِ : يجوزُ ؛ لأنَّه عقدٌ لا يَمْلِكُ به مَنافِعَه كلَّها ، فلم يَمْنَعْ من المُضَارَبةِ ، كما لو لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ ، وكالأجيرِ المُشْتَرَكِ . ولَنا ، أنَّ المُضارَبةَ على الحَظِّ والنَّماءِ ، فإذا فعَلَ ما يَمْنَعُه ، لم يكُنْ له ، كما لو أرادَ التَّصرُّفَ بالعَيْنِ ، وفارَقَ ما لا ضَرَرَ فيه . فعلى هذا إذا فعَلَ ورَبِحَ ، رَدَّ الرِّبْحَ فى شَرِكَةِ الأوَّلِ ، ويَقْتَسِمانِه ، فلْيَنْظُرْ[8] ما رَبِحَ فى المُضارَبةِ الثانيةِ ، فيَدْفَعُ إلى رَبِّ المالِ منها نَصِيبَهُ ، ويأْخُذُ المُضارِبُ نَصِيبَه من الرِّبْحِ ، فيَضُمُّهُ إلى رِبْحِ المُضارَبةِ الأُولَى ، ويُقاسِمُه لِرَبِّ[9] المُضارَبةِ الأُولَى ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ حِصَّتَه من الرِّبْحِ بالمَنْفَعةِ التى اسْتُحِقَّتْ بالعَقْدِ الأوَّلِ ، فكان بينهما ، كرِبْحِ المالِ الأوَّلِ . فأمَّا حِصَّةُ رَبِّ المالِ الثانى من الرِّبْحِ ، فتُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّ العُدْوانَ من المُضارِبِ لا يُسْقِطُ حَقَّ رَبِّ المالِ الثانى ، ولأنَّا لو رَدَدْنا رِبْحَ الثانى كلَّه فى الشَّرِكَةِ الأُولَى ، لاخْتَصَّ الضَّرَرُ برَبِّ المالِ الثانى ، ولم يَلْحَقِ المُضارِبَ شىءٌ من الضَّرَرِ ، والعُدْوانُ منه ، بل ربَّما انْتَفَعَ إذا كان قد شرَطَ الأوَّلُ النِّصْفَ والثانى الثُّلُثَ ، ولأنَّه لا يَخْلُو إمَّا أن يُحْكَمَ بفَسادِ المُضارَبةِ الثانية ، أو بصِحَّتِها ، فإن كانت فاسِدةً ، فالرِّبْحُ كلُّه لِرَبِّ المالِ ، ولِلْمُضارِبِ أجْرُ مِثْلِه ، وإن حكَمْنا بصِحَّتِها ، وَجَبَ صَرْفُ حِصَّةِ رَبِّ المالِ إليه بمُقْتَضَى العَقْدِ ومُوجِبِ الشَّرْطِ . والنَّظَرُ يَقْتَضِى أن لا يَسْتَحِقَّ رَبُّ المُضارَبةِ الأُولَى من رِبْحِ[10] الثانيةِ شيئًا ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتحِقُّ بمالٍ أو عَمَلٍ ، وليس له فى المُضارَبةِ الثانيةِ مالٌ ولا عَمَلٌ . وتَعَدِّى المُضارِبِ إنَّما كان بتَرْكِ العَمَلِ ، واشْتِغالِه عن المالِ الأوَّلِ ، وهذا لا يُوجِبُ عِوَضًا ، كما لو اشْتَغَلَ بالعَمَلِ فى مالِ نَفْسِه ، أو آجَرَ نَفْسَه ، أو تَرَكَ التِّجارَةَ لِلَعِبٍ ، أو اشْتِغالٍ بعِلْمٍ ، أو غير ذلك . ولو أوْجَبَ عِوَضًا ، لأَوْجَبَ شيئًا مُقَدَّرًا ، لا يَخْتَلِفُ ولا يَتَقَدَّرُ برِبْحِه فى الثانى . واللهُ أعلمُ .

(٨) فى الأصل ، ب : « ينتظر » .

(٩) فى م : « رب » .

(١٠) فى الأصل ، م : « رب » .

فصل : وإن دَفَعَ إليه مُضَارَبَةً ، واشْتَرطَ النَّفَقَةَ ، فكَلَّمَهُ رَجُلٌ فى أن يَأْخُذَ له بِضَاعَةً أو مُضارَبةً ، ولا ضَرَرَ فيها . فقال أحمدُ : إذا اشْتَرطَ النَّفَقةَ ، صارَ أَجيرًا له ، فلا يَأْخُذُ من أحَدٍ بِضَاعَةً ، فإنَّها تَشْغَلُه عن المالِ الذى يُضَارِبُ به . قِيل : فإن كانت لا تَشْغَلُه ؟ فقال : ما يُعْجِبُنِى أن يكونَ إلَّا بإِذْنِ صاحِبِ المُضَارَبةِ ، فإنَّه لابُدَّ مِن شُغْلٍ . وهذا ، واللهُ أعلمُ ، على / سَبِيلِ الاسْتِحْبابِ . وإن فَعَلَ ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على رَبِّ المُضَارَبةِ فيه . ١٥١/٤و

فصل : وإن أخَذَ من رَجُلٍ مُضَارَبَةً ، ثم أخَذَ من آخَرَ بِضَاعَةً ، أو عَمِلَ فى مالِ نَفْسِه ، أو اتَّجَرَ[١١] فيه ، فرِبْحُه فى مالِ البِضَاعَةِ لِصَاحِبِها ، وفى مالِ نَفْسِه لِنَفْسِه .

فصل : إذا أخَذَ من رَجُلٍ مائةً قِرَاضًا ، ثم أخَذَ من آخَرَ مِثْلَها ، واشْتَرَى بكلِّ مائةٍ عَبْدًا ، فاخْتَلَطَ العَبْدَانِ ، ولم يَتَميَّزَا ، فإنَّهما يَصْطَلِحَانِ عليهما . كما لو كانت لِرَجُلٍ حِنْطَةٌ ، فانْثَالَتْ عليها[١٢] أُخْرَى . وذَكَرَ القاضى فى ذلك وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يَكُونانِ شَرِيكَيْنِ فيهما ، كما لو اشْتَرَكَا فى عَقْدِ البَيْعِ ، فيُبَاعانِ ، ويُقَسَّمُ بينهما ، فإن كان فيهما رِبْحٌ دَفَعَ إلى العامِلِ حِصَّتَه ، والباقِى بينهما نِصْفَيْنِ[١٣] . والثانى ، يكُونانِ لِلْعَامِلِ ، وعليه أدَاءُ رَأْسِ المالِ ، والرِّبْحُ له والخُسْرَانُ عليه . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالوَجْهَيْنِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ مِلْكَ كلِّ واحِدٍ منهما ثابِتٌ فى أحَدِ العَبْدَيْنِ ، فلا يَزُولُ بالاشْتِباهِ عن جَمِيعِه ، ولا عن بعضِه ، بغيرِ رِضَاهُ ، كما لو لم يَكُونَا فى يَدِ المُضَارِبِ ، ولأنَّنا لو جَعَلْناهما لِلْمُضارِبِ ، أدَّى إلى أن يكونَ تَفْرِيطُه سَبَبًا لِانْفِرَادِه بالرِّبْحِ ، وحِرْمَانِ المُتَعَدَّى عليه ، وعَكْسُ ذلك أَوْلَى ، وإن جَعَلْناهما شَرِيكَيْنِ ، أدَّى إلى أن يَأْخُذَ أحَدُهما رِبْحَ مالِ الآخَرِ بغيرِ رِضَاهُ ؛ وليس له فيه مالٌ ولا عَمَلٌ .

---

(١١) فى ا : « واتجر » .

(١٢) فى ب ، م : « عليه » .

(١٣) أى : وجعل الباقى بينهما نصفين .

فصل : إذا تَعَدَّى المُضَارِبُ ، وفَعَلَ ما ليس له فِعْلُه ، أو اشْتَرَى شيئا نُهِىَ عن شِرَائِه ، فهو ضامِنٌ للمالِ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . رُوِىَ ذلك عن أبى هُرَيْرَةَ ، وحَكِيمِ بن حِزَامٍ ، وأبى قِلَابَةَ ، ونَافِعٍ ، وإياسٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، ومالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، وإسحاقَ ، وأصْحَابِ الرَّأْىِ . وعن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لا ضَمَانَ على مَن شُورِكَ فى الرِّبْحِ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن الحَسَنِ والزُّهْرِىِّ . ولَنا ، أنَّه مُتصرِّفٌ فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كالغاصِبِ . ولا نقولُ بمُشارَكَتِه فى الرِّبْحِ ، فلا يَتَناوَلُه قولُ عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ومتى اشْتَرَى ما لم يُؤْذَنْ له[14] فيه ، فرَبِحَ فيه ، فالرِّبْحُ لِرَبِّ المالِ ، نَصّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو قِلَابَةَ ، ونافِعٌ . وعن أحمدَ ، أنَّهما يَتصَدَّقانِ بالرِّبْحِ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ . قال القاضى : قول أحمدَ : يَتصَدَّقانِ بالرِّبْحِ . على سَبِيلِ الوَرَعِ ، وهو لِرَبِّ المالِ فى القَضَاءِ . وهذا قولُ الأَوْزَاعِىِّ . وقال إياسُ بن مُعاوِيَةَ ، ومالِكٌ : الرِّبْحُ على ما شَرَطَاهُ ؛ لأنَّه نَوْعُ تَعَدٍّ ، فلا يَمْنَعُ كَوْنَ الرِّبْحِ بينهما على ما شَرَطاهُ ، كما لو لَبِسَ الثَّوْبَ ، أو رَكِبَ[15] دَابَّةً ليس له رُكُوبُها / . وقال القاضى : إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ المالَ ، فالرِّبْحُ لِرَبِّ المالِ . وإن اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فالشِّرَاءُ باطِلٌ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . والأُخْرَى هو[16] مَوْقُوفٌ على إجَازَةِ المالِكِ ، فإن أجَازَهُ ، صَحَّ ، وإلَّا بَطَلَ . والمذهبُ الأَوَّلُ ، نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ الأثْرَمِ . وقال أبو بكرٍ : لم يَرْوِ أنَّه يَتصَدَّقُ بالرِّبْحِ إلَّا حَنْبَلٌ . واحْتَجَّ أحمدُ بحَدِيثِ عُرْوَةَ البارِقِىِّ ، وهو ما رَوَى أبو لَبِيدٍ ، عن عُرْوَةَ بن الجَعْدِ ، قال : عَرَضَ للنَّبِىِّ ﷺ جَلَبٌ ، فأَعْطَانِى دِينَارًا ، فقال : « عُرْوَةُ ، إئْتِ الْجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . فأَتَيْتُ الْجَلَبَ ، فساوَمْتُ صاحِبَه ، فاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بدِينارٍ ، فجِئْتُ أَسُوقُهما أو أقُودُهما ، فلَقِيَنِى رَجُلٌ بالطَّرِيقِ ، فسَاوَمَنِى ، فبِعْتُ منه[17] شَاةً بالدِّينارِ ، فجِئْتُ بالدِّينارِ وبالشّاةِ ، فقلتُ : يا رسولَ

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « وركب » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ب ، م : « منهما » .

اللهِ ، هذا دِينارُكم ، وهذه شَاتُكم . قال : « وكَيْفَ صَنَعْتَ ؟ » فحَدَّثْتُه الحَدِيثَ ، فقال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » . رَوَاهُ الأَثْرَمُ[18] . ولأنَّه نَماءُ مالِ غيرِه ، بغيرِ إذْنِ مالِكِه ، فكان لمَالِكِه ، كما لو غَصَبَ حِنْطَةً فزرَعَها . فأمَّا المُضارِبُ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا شيءَ له ؛ لأنَّه عَقَدَ عَقْدًا لم يُؤْذَنْ له فيه ، فلم يكُنْ له شيءٌ ، كالغاصِبِ . وهذا اخْتِيارُ أبي بكرٍ . والثانية ، له أجْرٌ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ رَضِيَ بالبَيْعِ ، وأخَذَ الرِّبحَ ، فاسْتَحقَّ العامِلُ عِوَضًا ، كما لو عَقَدَه بإذْنِه[19] . وفي قَدْرِ الأَجْرِ رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، أجْرُ مِثْلِه ، ما لم يُحِطْ بالرِّبْحِ ؛ لأنَّه عَمِلَ ما يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ ، ولم يُسَلَّمْ له المُسَمَّى ، فكان له أجْرُ مِثْلِه ، كالمُضارَبةِ الفاسِدَةِ . والثانية ، له الأَقَلُّ من المُسَمَّى أو أجْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه إن كان الأقَلُّ المُسَمَّى ، فقد رَضِيَ به ، فلم يَسْتَحِقَّ أكْثَرَ منه ، وإن كان الأَقَلُّ أجْرَ المِثْلِ ، لم يَسْتَحِقَّ أكْثَرَ منه ؛ لأنَّه لم يَعْمَلْ ما أُمِرَ[20] به . وإن قَصَدَ الشِّرَاءَ لِنَفْسِه ، فلا أجْرَ له ، رِوَايةً واحِدَةً . وقال القاضي ، وأبو الخَطَّابِ : إن اشْتَرَى في ذِمَّتِه ، ثم نَقَدَ المالَ ، فلا أجْرَ له ، رِوَايةً واحِدَةً ، وإن اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وعلى العامِلِ أن يَتَوَلَّى بِنَفْسِه كلَّ ما جَرَتِ العادَةُ أن يَتَوَلَّاهُ المُضَارِبُ بِنَفْسِه ؛ من نَشْرِ الثَّوْبِ ، وطَيِّه ، وعَرْضِه على المُشْتَرِي ، ومُسَاوَمَتِه ، وعَقْدِ البَيْعِ معه ، وأخْذِ الثَّمَنِ ، وانْتِقَادِه ، وشَدِّ الكِيسِ ، وخَتْمه ، وإحْرَازِه في الصُّنْدُوقِ ، ونحو ذلك . ولا أجْرَ له[21] عليه ؛ لأنَّه مُسْتَحِقٌّ للرِّبْحِ في مُقَابَلَتِه . فإن اسْتَأْجَرَ مَنْ يَفْعَلُ ذلك ، فالأَجْرُ عليه خاصَّةً ؛ لأنَّ العَمَلَ عليه . فأمَّا ما لا يَلِيهِ[22] رَبُّ المالِ[22] في العادَةِ ؛

---

(18) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(19) في ا ، ب ، م : « بإذن » .

(20) في م : « رضي » .

(21) سقط من : الأصل .

(22-22) في م: « العامل » .

مثل النِّدَاءِ على المَتَاعِ ، ونَقْلِه إلى الخانِ ، فليس على العامِلِ عَمَلُه ، وله أن يَكْتَرِىَ مَن يَعْمَلُه . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ العَمَلَ فى المُضارَبةِ غيرُ مَشْرُوطٍ / ، لِمَشَقَّةِ اشْتِراطِه ، فرُجِعَ فيه إلى العُرْفِ . فإن فَعَلَ العامِلُ مالا يَلْزَمُه فِعْلُه مُتَبرِّعًا ، فلا أجْرَ له . وإن فَعَلَهُ لِيَأْخُذَ عليه أجْرًا ، فلا شىءَ له أيضا ، فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ . وخَرَّجَ أصْحابُنا وَجْهًا ، أنَّ له الأجْرَ ، بِناءً على الشَّرِيكِ إذا انْفَرَدَ بعَمَلٍ لا يَلْزَمُه ، هل له أجْرٌ لذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا مثلُه . والصَّحِيحُ أنَّه لا شىءَ له فى المَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه عَمَلًا لم يُجْعَلْ له فى مُقابَلَتِه شىءٌ ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئا ، كالأجْنَبِىِّ .

١٥٢/٤ و

فصل : وإذا سُرِقَ مالُ المُضَارَبةِ أو غُصِبَ ، فلِلْمُضارِبِ[٢٣] طَلَبُه ، والمُخَاصَمَةُ فيه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، ليس له[٢٤] ذلك ؛ لأنَّ المُضَارَبةَ عَقْدٌ على التِّجارَةِ ، فلا تَدْخُلُ فيه الخُصُومَةُ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه يَقْتَضِى حِفْظَ المالِ ، ولا يَتِمُّ ذلك إلَّا بالخُصُومةِ والمُطَالَبةِ ، سِيَّما إذا كان غائبًا عن رَبِّ المالِ ، إمَّا لِسَفَرِ المُضَارِبِ ، أو رَبِّ المالِ ، فإنَّه لا مُطالِبَ[٢٥] به[٢٦] إلا المُضَارِبُ ، فإن تَرَكَهُ ضَاعَ . فعلى هذا إن تَرَكَ الخُصُومَةَ والطَّلَبَ به فى هذه الحال ، غَرِمَهُ ؛ لأنه ضَيَّعَهُ وفَرَّطَ فيه . وإن كان رَبُّ المالِ حاضِرًا ، وعَلِمَ الحالَ ، لم يَلْزَمِ العَامِلَ طَلَبُه ، ولا يَضْمَنُهُ إذا تَرَكَهُ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ أوْلَى بذلك من وَكِيلِه .

فصل : وإذا اشْتَرَى للمُضَارَبةِ عَبْدًا ، فقَتَلَهُ عَبْدٌ لغيرِه ، ولم يكُنْ ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ ، فالأمْرُ إلى رَبِّ المالِ ، إن شاءَ اقْتَصَّ ، وإن شاءَ عَفَا على غيرِ مالٍ ، وتَبْطُلُ المُضَارَبةُ فيه ؛ لذَهَابِ رَأْسِ المال . وإن شاءَ عَفَا على مالٍ ، فإن عَفَا على[٢٧] مثلِ رَأْسِ المالِ ، أو أقَلَّ ،

---

(٢٣) فى م : « فعلى المضارب » .

(٢٤) فى م : « عليه » .

(٢٥) فى م : « يطالب » .

(٢٦) فى م : « له » .

(٢٧) فى م زيادة : « مال » .

أو أكثر ، فالمُضَارَبَةُ بحالِها ، والرِّبْحُ بينهما على شَرْطِهما ؛ لأنَّه وُجِدَ بَدَلٌ عن رَأْسِ المالِ ، فهو كما لو وَجَدَ بَدَلَه بالبَيْعِ ، وإن كان فى العَبْدِ رِبْحٌ ، فالقِصَاصُ إليهما ، والمُصَالَحةُ كذلك ؛ لكَوْنِهما شَرِيكَيْنِ فيه . والحُكْمُ فى انْفِساخِ المُضارَبةِ وبَقائِها على ما تَقَدَّمَ .

٨٣٤ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْمُضارِبِ رِبْحٌ حَتَّى يَسْتَوْفِىَ رَأْسَ الْمَالِ)

يَعْنِى أنَّه لا يَسْتَحِقُّ أخْذَ شىءٍ من الرِّبْحِ حتى يُسَلِّمَ رَأْسَ المالِ إلى رَبِّه ، ومتى كان فى المالِ خُسْرانٌ ورِبْحٌ ، جُبِرَتِ الوَضِيعَة من الرِّبْحِ ، سواءٌ كان الخُسْرانُ والرِّبْحُ فى مَرَّةٍ واحِدَةٍ ، أو الخُسْرانُ فى صَفْقَةٍ والرِّبْحُ فى أُخْرَى ، أو أحَدُهما فى سَفْرَةٍ والآخَرُ فى أُخْرَى ؛ لأنَّ مَعْنَى الرِّبْحِ هو الفاضِلُ عن رَأْسِ المالِ ، وما لم يَفْضل فليس بِرِبْحٍ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ، وأما مِلْكُ العامِلِ لِنَصِيبِه من الرِّبْحِ بمُجَرَّدِ الظُّهُورِ قبلَ القِسْمَةِ ، فظاهِرُ المذهبِ أنَّه يَثْبُتُ . هذا الذى ذَكَرَه القاضى مَذْهبًا . وبه قال أبو حنيفةَ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّه لا يَمْلِكُه إلَّا بالقِسْمَةِ . وهو مذهبُ مالِكٍ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . واحْتَجَّ مَن لم يُمَلِّكْه بأنه لو مَلَكَهُ لاخْتَصَّ بِرِبْحِه ، ولوَجَبَ أن يكونَ شَرِيكًا لِرَبِّ المالِ ، كشَرِيكَيِ العِنَانِ . ولَنا ، أن الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فيَثْبُتُ مُقْتَضاهُ ، وهو أن يكونَ له جُزْءٌ من الرِّبْحِ ، فإذا وُجِدَ يَجِبُ أن يَمْلِكَهُ بحُكْمِ الشَّرْطِ ، كما يَمْلِكُ المُسَاقِى حِصَّتَهُ من الثَّمَرَةِ بظُهورِها[1] ، وقِياسًا على كل شَرْطٍ صَحِيحٍ فى عَقْدٍ ، ولأنَّ هذا الرِّبْحَ مَمْلُوكٌ ، فلا بُدَّ له من مالِكٍ ، ورَبُّ المالِ لا يَمْلِكُه اتِّفاقًا ، ولا تَثْبُتُ / أحْكامُ المِلْكِ فى حَقِّه ، فلَزِمَ أن يكونَ لِلْمُضارِبِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ المُطالَبةَ بالقِسْمَةِ ؛ فكان مالِكًا كأحَدِ شَرِيكَيِ العِنَانِ . ولا يَمْتَنِعُ[2] أن يَمْلِكَه ، ويكونَ وِقايةً لِرَأْسِ[3] المالِ ، كنَصِيبِ ربِّ[4] المالِ من الرِّبْحِ ، وبهذا امْتَنَعَ اخْتِصاصُه بِرِبْحِه ، ولأنَّه

٤/١٥٢ظ

---

(١) فى ا ، ب ، م : « لظهورها » .
(٢) فى الأصل ، ب ، م : « يمنع » .
(٣) فى الأصل : « رأس » .
(٤) فى ا ، م : « رأس » .

لو اخْتصَّ برِبْحِ نَصِيبِه[٥] لاسْتَحقَّ من الرِّبح أكْثَرَ ممَّا شَرَطَ له ، ولا يَثْبُتُ بالشَّرْطِ ما يُخَالِفُ مُقْتَضاه . قال[٦] أحمدُ : إذا وَطِئَ المُضارِبُ جارِيَةً من المُضارَبةِ ، فإن لم يكُنْ ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ ، لم تكنْ أُمَّ وَلَدِه ، وإن ظَهَرَ فيه رِبْحٌ ، فهى أُمُّ وَلَدِه . وهذا يَدُلُّ على أنَّه يَمْلِكُ الرِّبحَ بالظُّهُورِ .

فصل : وإذا دَفعَ إلى رَجُلٍ مائةً مُضارَبةً ، فخَسِرَ عَشَرَةً ، ثم أخَذَ رَبُّ المالِ منها عَشَرَةً ، فإنَّ الخُسْرانَ لا يَنْقُصُ به رَأْسُ المالِ ؛ لأنَّه قد يَرْبَحُ فيَجْبُرُ الخُسْرانَ ، لكنَّه يَنْقُصُ بما أخَذَهُ رَبُّ المالِ ، وهى العَشَرَةُ ، وقِسْطُها من الخُسْرانِ ، وهو دِرْهَمٌ وتُسْعُ دِرْهَمٍ ، ويَبْقَى رَأْسُ المالِ ثمانِينَ وثمانيةَ دَراهِمَ وثمانِيَةَ أتْساعِ دِرْهَمٍ . وإن كان أخَذَ نِصْفَ التِّسْعِينَ الباقِيَةِ ، بَقِىَ رَأْسُ المالِ خَمْسِينَ ؛ لأنَّه أخَذَ نِصْفَ المالِ ، فسَقَطَ نِصْفُ الخُسْرانِ . وإن كان أخَذَ خَمْسِينَ ، بَقِىَ أرْبَعَةٌ وأرْبَعُونَ وأرْبعةُ أتْساعٍ . وكذلك إذا رَبِحَ المالُ ، ثم أخَذَ رَبُّ المالِ بعضَه ، كان ما أخَذَهُ من الرِّبْحِ ورَأْسِ المالِ ، فلو كان رَأْسُ المالِ مائةً ، فرَبِحَ عِشْرِينَ ، فأخَذَها رَبُّ المالِ ، لَبَقِىَ رَأْسُ المالِ ثلاثةً وثمانِينَ وثُلُثًا ؛ لأنَّه أخَذَ سُدُسَ المالِ ، فنَقَصَ رَأْسُ المالِ سُدُسَهُ ، وهو سِتَّة عَشَرَ وثُلُثانِ ، وحَظُّها من الرِّبْحِ ثلاثةٌ وثُلُثٌ . ولو كان أخَذَ سِتِّينَ ، بَقِىَ رَأْسُ المالِ خَمْسِينَ ؛ لأنَّه أخَذَ نِصْفَ المالِ ، فبَقِىَ نِصْفُ المالِ . وإن أخَذَ خَمْسِينَ ، بَقِىَ[٧] ثَمانِيةً وخَمْسِينَ وثُلُثًا ؛ لأنَّه أخَذَ رُبْعَ المالِ وسُدُسَه ، فبَقِىَ ثُلُثُه ورُبْعُه ، وهو ما ذَكَرْنا . وإنْ أخَذَ منه سِتِّينَ ، ثم خَسِرَ فى الباقِى فصارَ أرْبَعِينَ ، فرَدَّها ، كان له على رَبِّ المالِ خَمْسَةٌ ؛ لأنَّ ما أخَذَهُ رَبُّ المالِ انْفَسَخَتْ فيه المُضارَبةُ ، فلا يَجْبُرُ برِبْحِه خُسْرانَ ما بَقِىَ فى يَدِه ، لمُفارَقَتِه إيّاهُ ، وقد أخَذَ من الرِّبْحِ عَشَرَةً ، لأنَّ سُدُسَ ما أخَذَه رِبْحٌ ، فكانت العَشَرَةُ بينهما . وإن لم يَرُدَّ الأرْبَعِينَ كلَّها ، بل رَدَّ منها إلى رَبِّ المالِ عِشْرِينَ ، بَقِىَ رَأْسُ المالِ خَمْسَةً وعِشْرِينَ .

فصل : إذا اشْتَرَى رَبُّ المالِ من مالِ المُضارَبةِ شيئا لِنَفْسِه ، لم يَصِحَّ فى إحْدَى

---

(٥) فى ب : « نفسه » .

(٦) فى م : « ثم قال » .

(٧) أى رأس المال .

الرِّوَايَتَيْنِ . وهو قولُ الشّافِعِىّ . ويَصِحُّ فى الأُخْرَى . وبه قال مالِكٌ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ؛ لأنَّه قد تَعَلَّقَ حَقُّ المُضَارِبِ به ، فجازَ له شِرَاؤُه ، وكما لو اشْتَرَى من مُكَاتَبِه أو من عَبْدِه المَأْذُونِ الذى عليه دَيْنٌ . ولَنا ، أنَّه مَلَكُهُ ، فلم يَصِحَّ شِرَاؤُه له ، كشِرَائِه من وَكِيلِه وعَبْدِه المَأْذُونِ الذى لا دَيْنَ عليه . وفارَقَ المُكَاتَبَ ؛ فإنَّ[8] السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ ما فى يَدِه ، ولهذا لا يُزَكِّيه ، وله أَخْذُ ما فيه شُفْعَةٌ بها . فأمَّا المَأْذُونُ له ، فلا يَصِحُّ شِرَاءُ سَيِّدِه منه بحالٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا اسْتَغْرَقَتْه الدُّيُونُ ؛ لأنَّ الغُرَماءَ يأْخُذُونَ ما فى يَدِه . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ مِلْكَ السَّيِّدِ لم يَزُلْ عنه ، وإن اسْتَحَقَّ أخْذَه، كمَالِ المُفْلِسِ .

/ **فصل** : وإن اشْتَرَى المُضَارِبُ لِنَفْسِه من مالِ المُضَارَبةِ ، ولم يَظْهَرْ فى المالِ رِبْحٌ ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ . وحُكِىَ ذلك عن أبى حنيفةَ . وقال أبو ثَوْرٍ : البَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ . ولَنا ، أنَّه مِلْكٌ لغيرِه ، فصَحَّ شِرَاؤُه له ، كما لو اشْتَرَى الوَكِيلُ من مُوَكِّلِه ، وإنَّما يكونُ شَرِيكًا إذا ظَهَرَ رِبْحٌ ؛ لأنَّه إنَّما[9] يُشَارِكُ رَبَّ المالِ فى الرِّبْحِ ، لا فى أصْلِ المالِ ، ومتى ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ[10] كان شِرَاؤُه كشِرَاءِ أحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، على ما سَنَذْكُرُه . ‏١٥٣/٤ و

فصل : وإن اشْتَرَى أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ من مالِ الشَّرِكَةِ شيئا ، بَطَلَ فى قَدْرِ حَقِّه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وهل يَصِحُّ فى حِصَّةِ شَرِيكِه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وتَتَخَرَّجُ الصِّحَّةُ فى الجَمِيعِ ، بناءً على أنَّ لِرَبِّ المالِ أن يَشْتَرِىَ من مالِ المُضَارَبةِ لِنَفْسِه . وإن اشْتَرَى أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّةَ شَرِيكِه منه ، جازَ ؛ لأنَّه يَشْتَرِى مِلْكَ غيرِه . وقال أحمدُ . فى الشَّرِيكَيْنِ فى الطَّعامِ ، يُرِيدُ أحَدُهما بَيْعَ حِصَّتِه من صَاحِبِه : إن لم يَكُونا يَعْلَمانِ كَيْلَهُ فلا[11] بَأْسَ ، وإن عَلِمَا كَيْلَه فلا[11] بُدَّ من كَيْلِه ، يعنى أنَّ مَن عَلِمَ مَبْلَغَ شىءٍ[12] لم يَبِعْه

(٨) فى الأصل : « لأن » .
(٩) سقط من : الأصل ، ب ، م .
(١٠) فى الأصل : « الربح » .
(١١ - ١١) سقط من : ب ، م .
(١٢) فى ا ، ب ، م : « بشىء » .

صُبْرَةً[١٣] ، وإن بَاعَهُ إيَّاه بالكَيْلِ والوَزْنِ ، جازَ .

فصل : ولو اسْتأْجَرَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ من صَاحِبِه دَارًا ، لِيَحْرُزَ فيها مال الشَّرِكَةِ أو غَرائِرَ ، جازَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ صالِحٍ . وإن اسْتأْجَرَهُ لِنَقْلِ الطَّعَامِ ، أو غُلَامِه أو دَابَّتِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، الجَوَازُ ؛ لأنَّ ما جَازَ أن يَسْتأْجِرَ له غيرَ الحَيَوانِ ، جازَ أنْ يَسْتأْجِرَ له الحَيَوانَ ، كمَالِ الأجْنَبِىِّ . والأُخْرَى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ هذا لا تَجِبُ الأُجْرَةُ فيه إلَّا بالعَمَلِ ، ولا يُمْكِنُ إيفاءُ العَمَلِ فى المُشْتَركِ ؛ لأنَّ نَصِيبَ المُسْتأْجِرِ غيرُ مُتَمَيِّزٍ من نَصِيبِ المُؤْجِرِ ، فإذًا لا تَجِبُ الأُجْرَةُ ، والدَّارُ والغَرَائِرُ لا يُعْتَبَرُ فيهما[١٤] إيقاعُ العَمَلِ ، إنَّما تَجِبُ بوَضْعِ العَيْنِ فى الدَّارِ ، فيُمْكِنُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عليه .

٨٣٥ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ ، فَرَبِحَ فى إحْدَاهُمَا ، وخَسِرَ فى الأُخْرَى ، جُبِرَتِ الوَضِيعَةُ مِنَ الرِّبْحِ)

وجُمْلَتُه أنَّه إذا دَفَعَ إلى المُضَارِبِ ألْفَيْنِ ، فاشْتَرَى بكلِّ ألْفٍ عَبْدًا ، فَرَبِحَ فى أحَدِهما ، وخَسِرَ فى الآخَرِ ، أو تَلِفَ ، وَجَبَ جَبْرُ الخُسْرانِ من الرِّبْحِ ، ولا يَسْتَحِقُّ المُضَارِبُ شيئًا إلَّا بعدَ كمالِ الألْفَيْنِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، إلَّا فيما إذا تَلِفَ أحَدُ العَبْدَيْنِ ، فإنَّ أصْحَابَه ذَكَرُوا فيه وَجْهًا ثانيًا ، أنَّ التالِفَ من رَأْسِ المالِ ؛ لأنَّه بَدَلُ أحَدِ الألْفَيْنِ ، ولو تَلِفَ أحَدُ الألْفَيْنِ ، كان مِن[١] رَأْسِ المالِ ، فكذلك بَدَلُه . ولَنا ، أنَّه تَلِفَ بعدَ أن دَارَ فى القِرَاضِ ، وتَصرَّفَ فى المالِ بالتِّجارَةِ ، فكان تَلَفُه من[٢] الرِّبْحِ ، كما لو كان رَأْسُ المالِ دِينارًا واحِدًا ، فاشْتَرَى به سِلْعَتَيْنِ ، ولأنَّهما سِلْعَتانِ تُجْبَرُ خَسَارَةُ إحْدَاهما برِبْحِ الأُخْرَى ، فجُبِرَ تَلَفُها به ، كما لو كان رَأْسُ المالِ دِينارًا ، ولأنَّه رَأْسُ مالٍ واحِدٍ ، فلا

---

(١٣) فى ب ، م زيادة : « بيعه » .

(١٤) فى الأصل ، ا : « فيها » .

(١) سقط من : الأصل ، م .

(٢) فى ب : « فى » .

يَسْتَحِقُّ المُضَارِبُ فيه رِبْحًا حتى يَكْمُلَ رَأْسُ المالِ ، كالذى ذَكَرْنا . فأمَّا إن تَلِفَ أحَدُ الأَلْفَيْنِ قبلَ الشِّرَاءِ به والتَّصَرُّفِ[3] فيه ، أو تَلِفَ بعضُه ، انْفَسَخَتِ المُضَارَبَةُ فيما تَلِفَ ، وكان رأسُ المالِ الباقِى خاصَّةً . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : مذهبُ الشَّافِعِىِّ أنَّ التالِفَ من الرِّبْحِ ورأسَ المالِ / الأَلْفانِ معا ؛ لأنَّ المالَ إنما يَصِيرُ[4] قِرَاضًا بالقَبْضِ ، فلا فَرْقَ بين هَلَاكِه قبلَ التَّصَرُّفِ وبعدَه . ولَنا ، أنَّه مالٌ هَلَكَ على جِهَتِه قبلَ التَّصَرُّفِ فيه ، فكان رَأْسُ المالِ الباقِى ، كما لو تَلِفَ قبلَ القَبْضِ . وفارَقَ ما بعدَ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه دَارَ فى التِّجارَةِ ، وشَرَعَ فيما قُصِدَ بالعَقْدِ من التَّصَرُّفاتِ المُؤَدِّيَةِ إلى الرِّبْحِ .

١٥٣/٤ ظ

فصل : وإذا دَفَعَ إليه أَلْفًا مُضَارَبَةً ، ثم دَفَعَ إليه أَلْفًا آخَرَ مُضارَبَةً ، وأَذِنَ له فى ضَمِّ أحَدِهِما إلى الآخَرِ قبلَ التَّصَرُّفِ فى الأَوَّلِ ، جَازَ ، وصَارَا[5] مُضَارَبَةً واحِدَةً ، كما لو دَفَعَهُما إليه مَرَّةً واحِدَةً . وإن كان بعدَ التَّصَرُّفِ فى الأَوَّلِ فى شِرَاءِ المَتَاعِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ حُكْمَ الأَوَّلِ استَقَرَّ ، فكان رِبْحُه وخُسْرَانُه مُخْتَصًّا به ، فَضَمُّ الثانى إليه يُوجِبُ جُبْرَانَ خُسْرَانِ أحَدِهِما برِبْحِ الآخَرِ ، فإذا شَرَطَ ذلك فى الثانى فَسَدَ . فإن نَضَّ الأَوَّلُ ، جَازَ ضَمُّ الثانى إليه لِزَوالِ هذا المَعْنَى . وإن لم يَأْذَنْ له فى ضَمِّ الثانى إلى الأَوَّلِ ، لم يَجُزْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال إسحاقُ : له ذلك قبلَ أن يَتَصَرَّفَ فى الأَوَّلِ . ولَنا ، أنَّه أَفْرَدَ كلَّ واحِدٍ بعَقْدٍ ، فكانا عَقْدَيْنِ لكلِّ عَقْدٍ حُكْمُ نَفْسِه ، ولا تُجْبَرُ وَضِيعَةُ أحَدِهِما برِبْحِ الآخَرِ ، كما لو نَهَاهُ عن ذلك .

فصل : قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن المُضَارِبِ برِبْحٍ ، ويَضَعُ مِرَارًا . فقال : يَرُدُّ الوَضِيعَةَ على الرِّبْحِ ، إلَّا أن يَقْبِضَ المالَ صَاحِبُه ، ثم يَرُدُّه إليه ، فيقولُ : اعْمَلْ به ثانِيَةً . فما رَبِحَ بعدَ ذلك لا تُجْبَرُ به وَضِيعَةُ الأَوَّلِ ، فهذا ليس فى نَفْسِى منه شىءٌ ، وأما ما لم يَدْفَعْ إليه ، فحتى يَحْتَسِبَا حِسَابًا كالقَبْضِ ، كما قال ابنُ سِيرِينَ ، قِيل :

---

(٣) فى م : « والصرف » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « يصير » .

(٥) فى الأصل ، ب ، م : « وصار » .

وكيف يكونُ حِسَابًا كالقَبْضِ ؟ قال[٦] : يَظْهَرُ المالُ . يعنى يَنِضُّ ويَجِىءُ ، فيَحْتَسِبانِ عليه ، وإن[٧] شاءَ صاحِبُ المالِ قَبَضَهُ . قيل له : فيَحْتَسِبانِ على[٨] المَتاعِ ؟ فقال : لا يَحْتَسِبانِ إلَّا على النّاضِّ ؛ لأنَّ المَتاعَ قد يَنْحَطُّ سِعْرُهُ ويَرْتَفِعُ . قال أبو طَالِبٍ : قيل لأحمدَ : رَجُلٌ دَفَعَ إلى رَجُلٍ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً ، فوَضِعَ[٩] ، فبَقِيَتْ أَلْفٌ ، فحاسَبَه صاحِبُها ، ثم قال له : اذْهَبْ فاعْمَلْ بها . فرَبِحَ ؟ قال : يُقَاسِمُه ما فوقَ الأَلْفِ . يَعْنِى إذا كانت الأَلْفُ ناضَّةً حاضِرَةً ، إن شاءَ صاحِبُها قَبَضَها . فهذا الحِسَابُ الذى كالقَبْضِ ، فيكونُ أمْرُه بالمُضَارَبَةِ بها فى هذه الحال ابْتِداءَ مُضَارَبةٍ ثانيةٍ ، كما لو قَبَضَها منه ثم رَدَّها إليه . فأمَّا قبلَ ذلك ، فلا شىءَ لِلْمُضَارِبِ حتى يُكْمِلَ عَشَرَةَ آلافٍ ، ولو أنَّ رَبَّ المالِ والمُضَارِبَ اقْتَسَما الرِّبْحَ ، أو أَخَذَ أحَدُهما منه شيئا بإذْنِ صاحِبِه ، والمُضَارَبَةُ بحَالِها ، ثم سَافَرَ المُضَارِبُ به ، فَخَسِرَ ، كان على المُضَارِبِ رَدُّ ما أَخَذَه من الرِّبْحِ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّه ليس بِرِبْحٍ ، ما لم تَنْجَبِرِ الخَسارَةُ .

فصل : وإذا قَارَضَ فى مَرَضِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَبْتَغِى به الفَضْلَ ، فأشْبَه البَيْعَ والشِّرَاءَ . ولِلْعامِلِ ما شَرَطَ له من / الرِّبْحِ ، وإن زَادَ على شَرْطِ مِثْلِه ، ولا[١٠] يَحْتَسِبُ به من ثُلُثِه ؛ لأنَّ ذلك غيرُ مُسْتَحَقٍّ من مالِ رَبِّ المالِ ، وإنَّما حَصَلَ بعَمَلِ المُضَارِبِ فى المالِ ، فما يُوجَدُ[١١] من الرِّبْحِ المَشْرُوطِ يَحْدُثُ على مِلْكِ العامِلِ ، بخِلَافِ ما لو حابَى الأَجِيرَ فى الأَجْرِ ، فإنَّه يَحْتَسِبُ بما حاباهُ من ثُلُثِه ؛ لأنَّ الأَجْرَ يُؤْخَذُ من مَالِه . ولو شَرَطَ فى المُساقاةِ والمُزارَعَةِ أكْثَرَ من أَجْرِ المِثْلِ ، احْتَمَلَ أن لا يَحْتَسِبَ به من ثُلُثِه ؛

٤/١٥٤و

---

(٦) فى م : « قالوا » .

(٧) فى ب ، م : « فإن » .

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى ا : « فوضعت » . ووضع : خسر .

(١٠) فى م : « وإلا » .

(١١) فى الأصل : « وجد » .

لأنَّ الثَّمرَةَ تَخْرُجُ على مِلْكَيْهِما[١٢] ، كالرِّبْحِ فى المُضَارَبةِ ، واحْتَمَلَ أن يكونَ من ثُلُثِه ؛ لأنَّ الثَّمرَةَ زِيَادَةٌ فى مِلْكِه ، خارِجَةٌ من[١٣] عَيْنِه ، والرِّبْحُ لا يَخْرُجُ من[١٣] عَيْنِ المالِ ، إنَّما يَحْصُلُ بالتَّقْلِيبِ .

فصل : وإذا ماتَ ربُّ المالِ ، قَدَّمْنَا حِصَّةَ العامِلِ على غُرَمائِه ، ولم يَأْخُذُوا شيئًا من نَصِيبِه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الرِّبْحَ بالظُّهُورِ ، فكان شَرِيكًا فيه ، وليس لِرَبِّ المالِ شىءٌ من نَصِيبِه ، فهو كالشَّرِيكِ بمَالِه ، ولأنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ المالِ دونَ الذِّمَّةِ ، فكان مُقَدَّمًا ، كحَقِّ الجِنَايَةِ ، ولأنَّه مُتَعَلِّقٌ بالمالِ قبلَ المَوْتِ ، فكان أسْبَقَ ، كحَقِّ الرَّهْنِ .

فصل : وإن ماتَ المُضَارِبُ ولم يُعْرَفْ مالُ المُضَارَبةِ بعَيْنِه ، صارَ دَيْنًا فى ذِمَّتِه ، ولِصَاحِبِه أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وقال الشّافِعِىُّ : ليس على المُضارِبِ شىءٌ ؛ لأنَّه لم يكُنْ[١٤] فى ذِمَّتِه وهو حَىٌّ شىءٌ ، ولم يُعْلَمْ حُدُوثُ ذلك بالمَوْتِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ المالُ قد هَلَكَ . ولَنا ، أنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ المالِ فى يَدِهِ ، واخْتِلَاطُه بجُمْلَةِ التَّرِكَةِ ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَةِ[١٥] عَيْنِه ، فكان دَيْنًا كالوَدِيعَةِ إذا لم تُعْرَفْ عَيْنُها ، ولأنَّه لا سَبِيلَ إلى إسْقاطِ حَقِّ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاؤُه ، ولم يُوجَدْ ما يُعَارِضُ ذلك ويُخَالِفُه ، ولا سَبِيلَ إلى إعْطائِه عَيْنًا[١٦] من هذا المالِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ من غيرِ مالِ المُضَارَبةِ ، فلم يَبْقَ إلَّا تَعَلُّقُه بالذِّمَّةِ .

٨٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تَبَيَّنَ لِلْمُضَارِبِ أنَّ فِى يَدِهِ فَضْلًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أخْذُ شَىْءٍ مِنْهُ إلَّا بِإذْنِ رَبِّ الْمَالِ)

وجُمْلَتُه أنَّ الرِّبْحَ إذا ظَهَرَ فى المُضَارَبةِ ، لم يَجُزْ لِلْمُضَارِبِ أخْذُ شىءٍ منه بغيرِ إذْنِ

---

(١٢) فى ا : « ملكهما » .

(١٣) فى م : « عن » .

(١٤) فى م زيادة : « له » .

(١٥) فى ب : « معرفته » .

(١٦) سقط من : الأصل .

رَبُّ المالِ . لا نَعْلَمُ فى هذا بين أهْلِ العِلْمِ خِلَافًا . وإنَّما لم يَمْلِكْ ذلك لأُمورٍ ثلاثةٍ ؛ أحدها ، أنَّ الرِّبْحَ وِقَايَةٌ لِرَأْسِ[1] المالِ ، فلا يَأْمَنُ الخُسْرانَ الذى يكونُ هذا الرِّبْحُ جَابِرًا له ، فَيَخْرُجُ بذلك عن أن يكونَ رِبْحًا . الثانى ، أنَّ رَبَّ المالِ شَرِيكُه ، فلم يكُنْ له مُقَاسَمَةُ نَفْسِه . الثالث ، أنَّ مِلْكَهُ عليه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّه بعَرَضِ أن يَخْرُجَ عن يَدِه بجُبْرانِ خَسَارَةِ المالِ . وإن أَذِنَ رَبُّ المالِ فى أَخْذِ شىءٍ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما .

فصل : وإن طَلَبَ أحَدُهما قِسْمَةَ الرِّبْحِ دونَ رَأْسِ المالِ ، وأَبَى الآخَرُ ، قُدِّمَ قولُ المُمْتَنِعِ ؛ لأنَّه إن كان رَبَّ المالِ ، فلأنَّه لا يَأْمَنُ الخُسْرانَ فى رَأْسِ المالِ ، فيَجْبُرُهُ بالرِّبْحِ ، وإن كان العامِلَ فإنَّه لا يَأْمَنُ أن يَلْزَمَه رَدُّ ما أخَذَ فى وَقْتٍ لا يَقْدِرُ عليه . وإن تَرَاضَيَا على ذلك ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، /وسواءٌ اتَّفَقَا على قِسْمَةِ جَمِيعِه أو بعضِه ، أو على أن يَأْخُذَ كلُّ واحِدٍ منهما شيئًا مَعْلُومًا يُنْفِقُه . ثم متى ظَهَرَ فى المالِ خُسْرانٌ ، أو تَلِفَ كلُّه ، لَزِمَ العامِلَ رَدُّ أَقَلِّ الأَمْرَيْنِ ممَّا أخَذَهُ ، أو نِصْفِ خُسْرانِ المالِ ، إذا اقْتَسَمَا الرِّبْحَ نِصْفَيْنِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ . وقال أبو حنيفةَ : لا تجوزُ القِسْمةُ حتى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المالِ مالَهُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : إذا اقْتَسَما الرِّبْحَ ، ولم يَقْبِضْ رَبُّ المالِ رَأْسَ مَالِه ، فأكْثَرُ أهْلِ العِلْمِ يقولون : يَرُدُّ العامِلُ الرِّبْحَ حتى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المالِ مَالَهُ . ولَنا ، على جَوازِ القِسْمَةِ ، أنَّ المالَ لهما ، فجازَ لهما أن يَقْتَسِمَا بعضَه ، كالشَّرِيكَيْنِ . أو نقول : إنَّهما شَرِيكانِ ، فجازَ لهما قِسْمَةُ الرِّبْحِ قبلَ المُفَاصلَةِ ، كشَرِيكَيِ العِنَانِ .

فصل : والمُضَارَبةُ من العُقُودِ الجائِزَةِ ، تَنْفَسِخُ بِفَسْخِ أحَدِهما ، أيُّهما كان ، وبمَوْتِه ، وجُنُونِه ، والحَجْرِ عليه لِسَفَهٍ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى مالِ غيرِه بإذْنِه ، فهو كالوَكِيلِ . ولا فَرْقَ بين ما قبلَ التَّصَرُّفِ وبعدَه . فإذا انْفَسَخَتْ والمالُ ناضٌّ لا رِبْحَ فيه ، أخَذَهُ رَبُّه ، وإن كان فيه رِبْحٌ ، قَسَما الرِّبْحَ على ما شَرَطَاهُ . وإن انْفَسَخَتْ والمالُ

(١٥٤/٤ ظ)

---

(١) فى الأصل : « رأس » .

عَرْضٌ ، فاتَّفَقا على بَيْعِه أو قَسْمِه[2] ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَعْدُوهما . وإن طَلَبَ العامِلُ البَيْعَ ، وأبى رَبُّ المالِ ، وقد ظَهَرَ في المالِ رِبْحٌ ، أُجْبِرَ رَبُّ المالِ على البَيْعِ . وهذا[3] قولُ إسحاقَ والثَّوْرِيِّ ؛ لأنَّ حَقَّ العامِلِ في الرِّبْحِ ، ولا يَظْهَرُ إلَّا بالبَيْعِ . وإن لم يَظْهَرْ رِبْحٌ ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه ، وقد رَضِيَهُ مالِكُه كذلك ، فلم يُجْبَرْ على بَيْعِه . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشّافِعِيِّ . وقال بعضُهم : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُجْبَرُ على البَيْعِ ؛ لأنَّه ربَّما زَادَ فيه زائِدٌ ، أو رَغِبَ فيه راغِبٌ ، فزَادَ على ثَمَنِ المِثْلِ ، فيكونُ للعامِلِ في البَيْعِ حَظٌّ . ولَنا ، أن المُضَارِبَ إنما استَحَقَّ[4] الرِّبْحَ إلى حينِ الفَسْخِ ، وذلك لا يُعْلَمُ إلَّا بالتَّقْوِيمِ ، ألا تَرَى أنَّ المُسْتَعِيرَ إذا غَرَسَ أو بَنَى ، أو المُشْتَرِىَ ، كان لِلْمُعِيرِ والشَّفِيعِ أن يَدْفَعَا قِيمَةَ ذلك ، لأنَّه مُسْتَحِقٌّ للأَرْضِ ، فههُنا أَوْلَى . وما ذَكَرُوه من احْتِمالِ الزِّيادَةِ ، بزِيادَةِ مُزايِدٍ أو رَاغِبٍ على قِيمَتِه ، فإنَّما حَدَثَ ذلك بعدَ فَسْخِ العَقْدِ ، فلا يَسْتَحِقُّها العامِلُ . وإن طَلَبَ رَبُّ المالِ البَيْعَ ، وأبى العامِلُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُجْبَرُ العامِلُ على البَيْعِ . وهو قولُ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّ عليه رَدَّ المالِ نَاضًّا كما أَخَذَهُ . والثاني ، لا يُجْبَرُ إذا لم يكُنْ في المالِ رِبْحٌ ، أو أَسْقَطَ حَقَّهُ من الرِّبْحِ ؛ لأنَّه بالفَسْخِ زال تَصَرُّفُه ، وصارَ أجْنَبِيًّا من المالِ ، فأشْبَهَ الوَكِيلَ إذا اشْتَرَى ما يُسْتَحَقُّ رَدُّه ، فزَالَتْ وَكالَتُه قبلَ رَدِّه . ولو كان رَأْسُ المالِ دَنَانِيرَ ، فصارَ دَرَاهِمَ ، (5أو دَرَاهِمَ فصارَ دَنَانِيرَ5) ، فهو كما لو كان عَرْضًا ، على ما شُرِحَ . وإذا نَضَّ رَأْسُ المالِ جَمِيعُه ، لم يَلْزَمِ العامِلَ أن يَنِضَّ له الباقِي ؛ لأنَّه شَرِكَةٌ بينهما ، ولا يَلْزَمُ الشَّرِيكَ أن يَنِضَّ مالَ شَرِيكِه ، ولأنَّه إنَّما لَزِمَهُ أن يَنِضَّ رَأْسَ المالِ ، لِيَرُدَّ إليه[6] رَأْسَ مالِه على صِفَتِه ، ولا يُوجَدُ هذا المَعْنَى في الرِّبْحِ .

---

(2) في ا : « قسمته » .

(3) في م : « وهو » .

(4) في ا : « يستحق » .

(5 - 5) سقط من : الأصل .

(6) سقط من : م .

٤/١٥٥و **فصل** : وإن انْفَسَخَ القِرَاضُ ، والمالُ دَيْنٌ ، لَزِمَ العامِلَ تَقَاضِيه ، سواءٌ/ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ أو لم يَظْهَرْ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن ظَهَرَ رِبْحٌ ، لَزِمَهُ تَقَاضِيه ، وإن لم يَظْهَرْ رِبْحٌ ، لم يَلْزَمْهُ تَقَاضِيه ؛ لأنَّه لا غَرَضَ له فى العَمَلِ ، فهو كالوَكِيلِ . ولَنا ، أن المُضَارَبةَ تَقْتَضِى رَدَّ رَأْسِ المالِ على صِفَتِه ، والدُّيُونُ لا تَجْرِى مَجْرَى النَّاضِّ ، فلَزِمَه أن يَنِضَّه ، كما لو ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ ، وكما لو كان رَأْسُ المالِ عَرْضًا . ويُفَارِقُ الوَكِيلَ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُهُ رَدُّ المالِ كما قَبَضَهُ ، ولهذا لا يَلْزَمُه بَيْعُ العُرُوضِ[7] . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الفَسْخِ من العامِلِ أو رَبِّ المالِ ، فإن اقْتَضَى منه قَدْرَ رَأْسِ المالِ ، أو كان الدَّيْنُ قَدْرَ الرِّبْحِ ، أو دُونَه ، لَزِمَ العامِلَ تَقَاضِيه أيضا ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ نَصِيبَه من الرِّبْحِ عندَ وُصُولِه إليهما على وَجْهٍ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، وَوُصُولُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى حَقِّه منه ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بعدَ تَقَاضِيه .

فصل : وأىُّ المُتَقَارِضَيْنِ ماتَ أو جُنَّ ، انْفَسَخَ القِرَاضُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فانْفَسَخَ بمَوْتِ أَحَدِهما وجُنُونِه ، كالتَّوْكِيلِ . فإن كان المَوْتُ أو الجُنُونُ برَبِّ المالِ ، فأَرَادَ الوارِثُ أو وَلِيُّه إتْمَامَهُ ، والمالُ ناضٌّ ، جازَ ، ويكونُ رَأْسُ المالِ وحِصَّتُه من الرِّبْحِ رَأْسَ المالِ ، وحِصَّةُ العامِلِ من الرِّبْحِ شَرِكَةً له مُشاعٌ[8] . وهذه الإشَاعَةُ لا تَمْنَعُ ؛ لأنَّ الشَّرِيكَ هو العامِلُ ، وذلك لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . وإن كان المالُ عَرْضًا وأَرادُوا إتْمامَهُ ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ جَوازُه ؛ لأنَّه قال ، فى رِوَايةِ علىِّ بن سَعِيدٍ : إذا ماتَ رَبُّ المالِ ، لم يَجُزْ لِلْعَامِلِ أن يَبِيعَ ولا يَشْتَرِىَ[9] إلَّا بإذْنِ الوَرَثَةِ . فظاهِرُ هذا بَقاءُ العامِلِ على قِرَاضِه ، وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ هذا إتْمَامٌ لِلْقِرَاضِ[10] لا ابْتِدَاءٌ له ، ولأنَّ القِرَاضَ إنَّما مُنِعَ منه[11] فى العُرُوضِ ؛ لأنَّه يَحْتَاجُ عندَ المُفَاصَلَةِ إلى رَدِّ مِثْلِها أو قِيمَتِها ، ويَخْتَلِفُ ذلك

(٧) فى الأصل : « المعروض » .

(٨) فى م : « مشاعة » .

(٩) فى الأصل : « ويشترى » .

(١٠) فى ا ، ب : « القراض » .

(١١) سقط من : م .

باخْتِلافِ الأَوْقاتِ ، وهذا غيرُ مَوْجُودٍ هٰهُنا ؛ لأنَّ رَأْسَ المالِ غيرُ العُرُوضِ ، وحُكْمُه باقٍ ، ألا تَرَى أنَّ لِلْعامِلِ أن يَبِيعَهُ لِيُسَلِّمَ رَأْسَ المالِ ويَقْسِمَ الباقِىَ وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّ القِراضَ قد بَطَلَ بالمَوْتِ ، وهذا ابْتِدَاءُ قِرَاضٍ على عُرُوضٍ . وهذا الوَجْهُ أقْيَسُ ؛ لأنَّ المالَ لو كان نَاضًّا كان ابْتِدَاءَ قِرَاضٍ ، وكانت حِصَّةُ العامِلِ من الرِّبْحِ شَرِكَةً له يَخْتَصُّ بها دُونَ رَبِّ المالِ . وإن كان المالُ ناقصًا[١٢] بخَسارَةٍ أو تَلَفٍ ، كان رَأْسُ المالِ المَوْجُودَ منه حالَ ابْتِداءِ القِراضِ ، فلو جَوَّزْنا ابْتِدَاءَ القِراضِ هٰهُنا وبِنَاءَهما على القِرَاضِ ، لَصارَتْ حِصَّةُ العامِلِ من الرِّبْحِ غيرَ مُخْتَصَّةٍ به ، وحِصَّتُهما من الرِّبْحِ مُشْتَرَكَةً بينهما ، وحُسِبَتْ عليه العُرُوضُ بأكْثَرَ من قِيمَتِها ، فيما إذا كان المالُ نَاقِصًا ، وهذا لا يجوزُ فى القِرَاضِ بلا خِلَافٍ . وكلامُ أحمدَ يُحْمَلُ على أنَّه يَبِيعُ ويَشْتَرِى بإذْنِ الوَرَثَةِ ، كبَيْعِه وشِرَائِه بعدَ انْفساخِ القِرَاضِ . فأمَّا إن ماتَ العامِلُ أو جُنَّ ، وأرَادَ ابْتِداءَ القِرَاضِ مع وارِثه أو وَلِيِّه ، فإن كان نَاضًّا ، جازَ ، كما قُلْنا فيما إذا ماتَ رَبُّ المالِ ، وإن كان عَرْضًا ، لم يَجُزِ ابْتِدَاءُ القِرَاضِ إلَّا على الوَجْهِ الذى يُجَوِّزُ ابْتِدَاءَ القِرَاضِ على العُرُوضِ ، بأن تُقَوَّمَ العُرُوضُ ، ويُجْعَلَ رَأْسُ المالِ قِيمَتَها يَوْمَ العَقْدِ ؛ لأنَّ الذى كان منه العَمَلُ قد ماتَ ، أو جُنَّ ، وذَهَبَ عَمَلُه ، ولم يَخْلُفْ / أصْلًا يَبْنِى عليه وارِثُه ، بخِلَافِ ما إذا ماتَ رَبُّ المالِ ، فإنَّ المالَ المُقَارَضَ عليه مَوْجُودٌ ، ومَنَافِعه مَوْجُودَةٌ ، فأمْكَنَ اسْتِدامَةُ العَقْدِ ، وبِنَاءُ الوَارِث عليه . وإن كان المالُ نَاضًّا ، جَازَ ابْتِدَاءُ القِرَاضِ فيه إذا ابْتَدَءَا[١٣] ذلك ، فإن لم يَبْتَدِئاهُ ، لم يكُنْ لِلْوارِثِ شِرَاءٌ ولا بَيْعٌ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ إنَّما رَضِىَ باجْتِهادِ مَوْرُوثِه[١٤] ، فإذا لم يَرْضَ ببَيْعِه ، رَفَعَهُ إلى الحاكِمِ لِيَبِيعَهُ . فأمَّا إن كان المَيِّتُ رَبَّ المالِ ، فليس لِلْعامِلِ الشِّرَاءُ ؛ لأنَّ القِرَاضَ انْفَسَخَ . فأمَّا البَيْعُ ، فإنَّ الحُكْمَ فيه وفى التَّقْوِيمِ واقْتِضَاءِ الدَّيْنِ ، على ما ذَكَرْناهُ إذا فُسِخَتِ المُضارَبةُ ورَبُّ المالِ حَىٌّ .

٤/١٥٥ظ

---

(١٢) فى ب ، م : « ناضا » .

(١٣) فى ، ب ، م : « اختار » .

(١٤) فى ب ، م : « مورثه » .

فصل : إذا تَلِفَ المالُ قبلَ الشِّرَاءِ انْفَسَخَتِ المُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ المالِ الذى تَعَلَّقَ العَقْدُ به ، وما اشْتَراهُ بعد ذلك لِلْمُضَارَبِةِ ، فهو لازِمٌ له ، والثَّمَنُ عليه ، سواءٌ عَلِمَ بتَلَفِ المالِ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ أو جَهِلَ ذلك . وهل يَقِفُ على إجَازَةِ رَبِّ المالِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، إن أجَازَهُ ، فالثَّمَنُ عليه ، والمُضَارَبةُ بحَالِها . وإن لم يُجِزْه ، لَزِمَ العامِلَ . والثانية ، هو لِلْعامِلِ على كلِّ حالٍ . فإن اشْتَرَى للمُضارَبةِ شيئا ، فتَلِفَ المالُ قبلَ نَقْدِه ، فالشِّرَاءُ لِلمُضَارَبِةِ ، وعَقْدُها باقٍ ، ويَلْزَمُ رَبَّ المالِ الثَّمَنُ ، ويَصِيرُ رَأْسُ المالِ الثَّمَنَ دُونَ التَّالِفِ ؛ لأنَّ الأَوَّلَ تَلِفَ قبلَ التَّصَرُّفِ فيه . وهذا قَوْلُ بعضِ الشَّافِعِيَّةِ . ومنهم مَن قال : رَأْسُ المالِ هذا والتَّالِفُ . وحُكِيَ ذلك عن أبى حنيفةَ ، ومحمدِ بن الحَسَنِ . ولَنا ، أنَّ التَّالِفَ تَلِفَ قبلَ التَّصَرُّفِ فيه ، فلم يكُنْ من رَأْسِ المالِ ، كما لو تَلِفَ قبلَ الشِّرَاءِ . ولو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ بمالِ المُضَارَبِةِ ، فتَلِفَ أحَدُ العَبْدَيْنِ ، كان تَلَفُه من الرِّبْحِ ، ولم يَنْقُصْ رَأْسُ المالِ بتَلَفِه ؛ لأنَّه تَلِفَ بعدَ التَّصَرُّفِ فيه . وإن تَلِفَ العَبْدانِ كِلَاهما ، انْفَسَخَتِ المُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ مَالِها كلِّه . فإن دَفَعَ إليه رَبُّ المالِ بعدَ ذلك أَلْفًا ، كان الأَلْفُ رَأْسَ المالِ ، ولم يُضَمَّ إلى المُضَارَبِةِ الأُولَى ؛ لأنَّها انْفَسَخَتْ لذَهَابِ مَالِها .

٨٣٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا اتَّفَقَ رَبُّ الْمَالِ والْمُضَارِبُ عَلَى أنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا ، والوَضِيعَةَ عَلَيْهِمَا ، كَانَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا والوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ**)

وجُمْلَتُه أنَّه متى شَرَطَ على المُضَارِبِ ضَمانَ المالِ ، أو سَهْمًا من الوَضِيعَةِ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ، والعَقْدُ صَحِيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ أنَّ العَقْدَ يَفْسُدُ به . وحُكِىَ ذلك عن الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأفْسَدَ المُضَارَبَةَ ، كما لو شَرَطَ لأحَدِهما فَضْلَ دَرَاهِم . والمذهبُ الأَوَّلُ . ولَنا ، أنَّه شَرْطٌ لا يُؤَثِّرُ فى جَهَالةِ الرِّبْحِ ، فلم يَفْسُدْ به ، كما لو شَرَطَ لُزُومَ المُضَارَبةِ . ويُفارِقُ / شَرْطَ الدَّراهِم ؛ لأنَّه إذا فَسَدَ الشَّرْطُ ثَبَتَتْ حِصَّةُ كلِّ واحِدٍ منهما من[1] الرِّبْحِ مَجْهُولَةً . ٤/١٥٦و

---

(١) فى ب ، م : « فى » .

فصل : والشُّروطُ فى المُضارَبةِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ صَحِيحٌ ، وفَاسِدٌ ، فالصَّحِيحُ مثلُ أن يَشْتَرِطَ على العامِلِ أن لا يُسافِرَ بالمالِ ، أو أن يُسَافِرَ به ، أو لا يَتَّجِرَ إلَّا فى بَلَدٍ بعَيْنِه ، أو نَوْعٍ بعَيْنِه ، أو لا يَشْتَرِىَ إلَّا من رَجُلٍ بعَيْنِه . فهذا كلُّه صَحِيحٌ ، سواءٌ كان[2] النَّوْعُ ممَّا يَعُمُّ وُجُودُه ، أو لا يَعُمُّ ، أو الرَّجُلُ[3] ممَّن يكْثُرُ عندَه المَتاعُ أو يَقِلُّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ : إذا شَرَطَ أن لا يَشْتَرِىَ إلَّا من رَجُلٍ بعَيْنِه ، أو سِلْعَةٍ بعَيْنِها ، أو مالا يَعُمُّ وُجُودُه ، كالياقُوتِ الأحْمَرِ ، والخَيْلِ البُلْقِ[4] ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ مَقْصُودَ المُضارَبةِ ، وهو التَّقْلِيبُ[5] وطَلَبُ الرِّبْحِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَطَ أن لا يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ إلَّا من فُلَانٍ ، أو أن لا يَبِيعَ إلَّا بمِثْلِ ما اشْتَرَى به . ولَنا ، أنَّها مُضارَبةٌ خاصَّةٌ ، لا تَمْنَعُ الرِّبْحَ بالكُلِّيَّةِ ، فصَحَّتْ ، كما لو شَرَطَ أن لا يَتَّجِرَ إلَّا فى نَوْعٍ يَعُمُّ وُجُودُه ، ولأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ تَخْصِيصُه بنَوْعٍ ، فصَحَّ تَخْصِيصُه فى رَجُلٍ بعَيْنِه ، وسِلْعَةٍ بعَيْنِها ، كالوَكَالَةِ . وقولُهم : إنَّه يَمْنَعُ المَقْصُودَ . مَمْنُوعٌ ، وإنَّما يُقَلِّلُهُ ، وتَقْلِيلُه لا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كتَخْصِيصِه بالنَّوْعِ . ويُفَارِقُ ما إذا شَرَطَ أن لا يَبِيعَ إلَّا برَأْسِ المالِ ، فإنَّه يَمْنَعُ الرِّبْحَ بالكُلِّيَّةِ . وكذلك إذا قال : لا تَبِعْ إلَّا من فُلَانٍ ، ولا تَشْتَرِ إلَّا من فُلَانٍ . فإنَّه يَمْنَعُ الرِّبْحَ أيضا ؛ لأنَّه لا يَشْتَرِى ما بَاعَهُ إلَّا بدون ثَمَنِه الذى بَاعَهُ به . ولهذا لو قال : لا تَبِعْ إلَّا ممَّن اشْتَرَيْتَ منه . لم يَصِحَّ ؛ لذلك[6] .

فصل : ويَصِحُّ تَأْقِيتُ المُضارَبةِ ، مثلُ أن يقولَ : ضَارَبْتُكَ على هذه الدَّرَاهِم سَنَةً ، فإذا انْقَضَتْ فلا تَبِعْ ، ولا تَشْتَرِ . قال مُهَنَّا : سَأَلْتُ أحمدَ عن رَجُلٍ أعْطَى رَجُلًا أَلْفًا مُضَارَبةً شَهْرًا ، قال : إذا مَضَى شَهْرٌ يكون قَرْضًا . قال : لا بَأْسَ به . قلتُ : فإن جاءَ

---

(٢) فى م زيادة : « هذا » .

(٣) فى ا ، م : « والرجل » .

(٤) الأبلق من الخيل : ما فيه سواد وبياض .

(٥) فى الأصل : « التقلب » .

(٦) فى ا : « كذلك » .

الشَّهْرُ وهى مَتَاعٌ ؟ قال : إذا بَاعَ المَتَاعَ يكون قَرْضًا . وقال أبو الخَطَّابِ : فى صِحَّةِ شَرْطِ التَّأْقِيتِ رِوَايتَانِ ؛ إحْداهُما ، هو صَحِيحٌ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . والثانية ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ الشّافِعِىِّ ، ومالِكٍ . واخْتِيارُ أبى حَفْصٍ العُكْبَرِىّ ، لِثَلاثة مَعانٍ ؛ أحدُها ، أنَّه عَقْدٌ يَقَعُ مُطْلَقًا ، فإذا شَرَطَ قَطْعَه لم يَصِحَّ ، كالنِّكَاحِ . الثانى ، أنَّ هذا ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولا له فيه مَصْلَحَةٌ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَ أن لا يَبِيعَ ، وبَيَانُ أنَّه ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، أنَّه يَقْتَضِى أن يكونَ رأسُ المالِ نَاضًّا ، فإذا مَنَعَهُ البَيْعَ لم يَنِضَّ . الثالث ، أنَّ هذا يُؤَدِّى إلى ضَرَرٍ بالعامِلِ[7] ؛ لأنَّه قد يكونُ الرِّبْحُ والحَظُّ فى تَبْقِيَةِ المَتَاعِ ، وبَيْعِه بعد السَّنَةِ . فيَمْتَنِعُ[8] ذلك بِمُضِيِّها . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ يَتَوَقَّتُ بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، فجازَ تَوْقِيتُه فى الزَّمانِ ، كالوَكَالةِ . والمَعْنَى الأَوَّل الذى ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالوَكَالةِ / والوَدِيعَةِ ، [9]والمَعْنَى الثانى[9] والثالِثُ[10] يَبْطُلُ بتَخْصِيصِه بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، ولأنَّ[11] لِرَبِّ المالِ مَنْعَه من البَيْعِ والشِّرَاءِ فى كلِّ وَقْتٍ إذا رَضِىَ أن يَأْخُذَ بمالِه عَرْضًا ، فإذا شَرَطَ ذلك ، فقد شَرَطَ ما هو من مُقْتَضَى العَقْدِ ، فصَحَّ ، كما لو قال : إذا انْقَضَتِ السَّنَةُ فلا تَشْتَرِ شيئا . وقد سَلَّمُوا صِحَّةَ ذلك .

١٥٦/٤ ظ

فصل : وإذا اشْتَرَطَ المُضَارِبُ نَفَقَةَ نَفْسِه ، صَحَّ ، سواءٌ كان فى الحَضَرِ أو فى[12] السَّفَرِ . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ فى الحَضَرِ . ولَنا ، أن التِّجارَةَ فى الحَضَرِ إحْدَى حَالَتَىِ المُضارَبةِ ، فصَحَّ اشْتِراطُ[13] النَّفَقةِ فيها ، كالسَّفَرِ ، ولأنَّه شَرَطَ النَّفَقَةَ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَطَها فى الوَكَالةِ .

---

(٧) فى الأصل : « العامل » .
(٨) فى ب : « فيمنع » .
(٩ - ٩) فى الأصل : « والثانى » .
(١٠) سقط من : ب .
(١١) فى الأصل ، م : « لأن » .
(١٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(١٣) فى ب : « اشتراطه » .

فصل : والشُّرُوطُ الفاسِدَةُ تَنْقَسِمُ[١٤] ثلاثَةَ أقْسَامٍ ؛ أحدُها ، ما يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، مثل أن يَشْتَرِطَ لُزُومَ المُضَارَبَةِ ، أو لا يَعْزِلَهُ مُدَّةً بعَيْنِها ، أو لا يَبِيعَ إلَّا برَأْسِ المالِ أو أقَلَّ ، أو لا يَبِيعَ إلَّا ممَّن اشْتَرَى منه ، أو شَرَطَ أن لا يَشْتَرِىَ ، أو لا يَبِيعَ ، أو أن يُوَلِّيَهُ ما يَخْتَارُه من السِّلَعِ ، أو نحو ذلك ، فهذه شُرُوطٌ فاسِدَةٌ ؛ لأنَّها تُفَوِّتُ المَقْصُودَ من المُضَارَبةِ ، وهو الرِّبْحُ ، أو تَمْنَعُ الفَسْخَ الجائِزَ بحُكْمِ الأصْلِ . القسم الثانى ، ما يَعُودُ بجَهالَةِ الرِّبْحِ ، مثل أن يَشْتَرِطَ لِلْمُضارِبِ جُزْءًا من الرِّبْحِ مَجْهُولًا ، أو رِبْحَ أحَدِ الكِسْبَيْنِ ، أو أحَدِ الألْفَيْنِ ، أو أحَدِ العَبْدَيْنِ ، أو رِبْحَ إحْدَى السَّفْرَتَيْنِ ، أو ما يَرْبَحُ فى هذا الشَّهْرِ ، أو أن حَقَّ أحَدِهما فى عَبْدٍ يَشْتَرِيه ، أو يَشْتَرِطَ[١٥] لأحَدِهما دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً بجَمِيعِ حَقِّه أو بِبَعْضِه ، أو يَشْتَرِطَ جُزْءًا من الرِّبْحِ لأجْنَبِىٍّ ، فهذه شُرُوطٌ فاسِدَةٌ ؛ لأنَّها تُفْضِى إلى جَهْلِ حَقِّ كلِّ واحِدٍ منهما من الرِّبْحِ ، أو إلى فَوَاتِه بالكُلِّيَّةِ ، ومن شَرْطِ المُضَارَبةِ كَوْنُ الرِّبْحِ مَعْلُومًا . القسم الثالث ، اشْتِرَاطُ ما ليس من مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، ولا مُقْتَضَاهُ ، مثل أن يَشْتَرِطَ على المُضَارِبِ المُضَارَبَةَ له فى مالٍ آخَرَ ، أو يَأْخُذَهُ بِضَاعَةً أو قَرْضًا ، أو أن يَخْدِمَهُ فى شىءٍ بعَيْنِه ، أو يَرْتَفِقَ بِبَعْضِ السِّلَعِ ، مثل أن يَلْبَسَ الثَّوْبَ ، ويَسْتَخْدِمَ العَبْدَ ، ويَرْكَبَ الدّابّةَ ، أو يَشْتَرِطَ على المُضَارِبِ ضَمَانَ المالِ أو سَهْمًا من الوَضِيعَةِ ، أو أنَّه متى باعَ السِّلْعَةَ فهو أحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، أو شَرَطَ المُضَارِبُ على رَبِّ المالِ شيئا من ذلك . فهذه كلُّها شُرُوطٌ فاسِدَةٌ . وقد ذَكَرْنا كَثِيرًا منها فى غيرِ هذا المَوْضِعِ مُعَلَّلًا . ومتى اشْتَرَطَ شَرْطًا فاسِدًا يَعُودُ بجَهالَةِ الرِّبْحِ ، فَسَدَتِ المُضَارَبَةُ ؛ لأنَّ الفَسَادَ لِمَعْنًى فى العِوَضِ المَعْقُودِ عليه ، فأفْسَدَ العَقْدَ ، كما لو جَعَلَ رَأْسَ المالِ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ، ولأنَّ الجَهَالةَ تَمْنَعُ من التَّسْلِيمِ ، فتُفْضِى إلى التَّنازُعِ والاخْتِلافِ ، ولا يَعْلَمُ ما يَدْفَعُه إلى المُضَارِبِ . وما عدا ذلك[١٦] من الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ ، فالمَنْصُوصُ / عن أحمدَ ، ٤/١٥٧ و

(١٤) فى م زيادة : « إلى » .

(١٥) فى ب : « يشرط » .

(١٦) فى ب : « هذا » .

فى أظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ عنه ، أنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ . ذَكَرَه عنه الأثْرَمُ وغيرُه ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ على مَجْهُولٍ ، فلم تُبْطِلْهُ الشُّرُوطُ الفاسِدَة ، كالنِّكَاحِ والعَتاقِ والطَّلَاقِ . وذَكَرَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّها تُفْسِدُ العَقْدَ ؛ لأنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأفْسَدَ العَقْدَ ، كشَرْطِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ ، أو شَرْطِ أن يَأْخُذَ له بِضَاعَةً ، والحُكْمُ فى الشَّرِكَةِ كالمُضارَبَةِ[17] سَوَاءً .

فصل : وفى المُضَارَبَةِ الفاسِدَةِ فُصُولٌ ثلاثةٌ ؛ أحدُها ، أنَّه إذا تَصرَّفَ نَفَذَ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّه أُذِنَ له فيه ، فإذا بَطَلَ العَقْدُ بَقِىَ الإِذْنُ ، فمَلَكَ به التَّصَرُّفَ ، كالوَكِيلِ . فإن قِيلَ : فلو اشْتَرَى الرَّجُلُ شِرَاءً فاسِدًا ، ثم تَصَرَّفَ فيه ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُه[18] ، مع أن البائِعَ قد أَذِنَ له فى التَّصَرُّفِ . قُلْنا : لأنَّ المُشْتَرِىَ يَتصَرَّفُ من جِهَةِ المِلْكِ لا بالإِذْنِ ، فإن أَذِنَ له البائِعُ كان على أنَّه مِلْكُ المأْذُونِ له ، فإذا لم يَمْلِكْ ، لم يَصِحَّ ، وهٰهُنا أَذِنَ له رَبُّ المالِ فى التَّصَرُّفِ فى مِلْكِ نَفْسِه ، وما شَرَطَهُ من الشَّرْطِ الفاسِدِ فليس بمَشْرُوطٍ فى مُقَابَلَةِ الإِذْنِ ؛ لأنَّه أَذِنَ له فى تَصَرُّفٍ يَقَعُ له . الفصل الثانى ، أنَّ الرِّبْحَ جَمِيعَهُ لِرَبِّ المالِ ؛ لأنَّه نَمَاءُ مَالِه ، وإنَّما يَسْتَحِقُّ العامِلُ بالشَّرْطِ ، فإذا فَسَدَتِ المُضَارَبَةُ فَسَدَ الشَّرْطُ ، فلم يَسْتَحِقَّ منه شيئا ، ولكن[19] له أَجْرُ مِثْلِه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واخْتارَ الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ أنَّ الرِّبْحَ بينهما على ما شَرَطَاهُ ، واحْتَجَّ بما رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا اشْتَرَكا فى العُرُوضِ ، قُسِمَ الرِّبْحُ على ما شَرَطا[20] . قال : وهذه الشَّرِكَةُ[21] فاسِدَةٌ . واحْتَجَّ بأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ مع الجَهالَةِ ، فيَثْبُتُ المُسَمَّى فى فاسِدِه ، كالنِّكَاحِ . قال : ولا أَجْرَ له . وجَعَلَ أحْكَامَها كلَّها كأحْكَامِ الصَّحِيحَةِ . وقد ذَكَرْنا

---

(17) فى م : « كالحكم فى المضاربة » .

(18) سقط من : الأصل .

(19) فى م : « وكان » .

(20) فى م : « شرطاه » .

(21) فى الأصل : « شركة » .

هذا . قال القاضي أبو يَعْلَى : والمذهبُ ما حَكَيْنا ، وكلامُ أحمدَ مَحْمُولٌ على أنَّه صَحَّحَ الشَّرِكَةَ بالعُرُوضِ . وحُكِيَ عن مالِكٍ أنَّه يَرْجِعُ إلى إقْراضِ[22] المِثْلِ . وحُكِيَ عنه : إن لم يَرْبَحْ فلا أجْرَ له . ومُقْتَضَى[23] هذا أنَّه إن رَبِحَ ، فله الأَقَلُّ ممَّا شَرَطَ له أو أجْرُ مثله . ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ عِنْدَنا مثلُ هذا ؛ لأنَّه إذا كان الأَقَلُّ ما شَرَطَ له ، فقد رَضِيَ به ، فلا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ منه ، كما لو تَبَرَّعَ بالعَمَلِ الزَّائِدِ . ولَنا ، أنَّ تَسْمِيَةَ الرِّبْحِ من تَوابِعِ المُضَارَبةِ، أو رُكْنٌ من أرْكَانِها ، فإذا فَسَدَتْ فَسَدَتْ أرْكانُها وتَوابِعُها، كالصَّلَاةِ. ولا نُسَلِّمُ فى النِّكَاحِ وُجُوبَ المُسَمَّى إذا كان العَقْدُ فاسِدًا، وإذا لم يَجِبْ له المُسَمَّى، وَجَبَ أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه إنَّما عَمِلَ ليأْخُذَ المُسَمَّى ، فإذا لم يَحْصُلْ له المُسَمَّى وَجَبَ رَدُّ عَمَلِه إليه ، وذلك مُتَعَذِّرٌ ، فتَجِبُ[24] قِيمَتُه ، وهو أجْرُ مِثْلِه ، كما لو تَبَايَعا بَيْعًا فاسِدًا ، وتَقَابَضَا ، وتَلِفَ أحَدُ العِوَضَيْنِ فى يَدِ القابِضِ له ، وَجَبَ رَدُّ قِيمَتِه . فعلى هذا سواءٌ ظَهَرَ فى المالِ رِبْحٌ أو لم يَظْهَرْ ، فأمَّا إن رَضِيَ المُضَارِبُ بالعَمَلِ بغيرِ عِوَضٍ ، مثل أن يقولَ : قارَضْتُكَ والرِّبْحُ كلُّه لِي . فالصَّحِيحُ أنَّه لا شيءَ لِلْمُضارِبِ هٰهُنا ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بعَمَلِه ، فأشْبَه ما لو أعَانَهُ فى شيءٍ ، أو تَوَكَّلَ له بغيرِ جُعْلٍ ، أو أخَذَ له بِضَاعَةً . الفصل الثالث ، / فى الضَّمَانِ ، ولا ضَمَانَ عليه فيما يَتْلَفُ بغير تَعَدِّيهِ وتَفْرِيطِه ؛ لأنَّ ما كان القَبْضُ فى صَحِيحِه مَضْمُونًا ، كان مَضْمُونًا فى فاسِدِه ، وما لم يكُنْ مَضْمُونًا فى صَحِيحِه ، لم يُضْمَنْ فى فاسِدِه . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يَضْمَنُ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لا يَضْمَنُ ما قَبَضَهُ فى صَحِيحِه ، فلم يَضْمَنْهُ فى فاسِدِه ، كالوَكَالةِ ، ولأنَّها إذا فَسَدَتْ صارَتْ إجَارَةً ، والأَجيرُ لا يَضْمَنُ سُكْنَى ما تَلِفَ بغيرِ تَعَدِّيهِ ولا فِعْلِه ، فكذا هٰهُنا . وأمَّا الشَّرِكَةُ إذا فَسَدَتْ ، فقد ذَكَرْناها قبلَ هذا .

١٥٧/٤ ظ

---

(٢٢) فى الأصل : « قراض » .

(٢٣) فى الأصل : « ويقتضى » .

(٢٤) فى ب زيادة : « رد » .

٨٣٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أنْ يُقَالَ لِمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ : ضَارِبْ بِالدَّيْنِ الَّذِى عَلَيْكَ)

نَصَّ أحمدُ على هذا ، وهو قولُ أَكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ من نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، أنَّه لا يجوزُ أن يَجْعَلَ الرَّجُلُ دَيْنًا له على رَجُلٍ مُضَارَبةً ، وممَّن حَفِظْنا ذلك عنه : عَطَاءٌ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال بعضُ أصْحابِنَا : يَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ المُضَارَبةُ ؛ لأنَّه إذا اشْتَرَى شيئا لِلْمُضَارَبةِ ، فقد اشْتَراهُ بإِذْنِ رَبِّ المالِ ، ودَفَعَ الدَّيْنَ إلى من أَذِنَ له فى دَفْعِه إليه ، فتَبْرَأُ ذِمَّتُه منه ، ويَصِيرُ كما لو دَفَعَ إليه عَرْضًا ، وقال : بِعْهُ ، وضَارِبْ بِثَمَنِه . وجَعَلَ أصْحابُ الشَّافِعِىِّ مَكَانَ هذا الاحْتِمالِ أنَّ الشِّرَاءَ[1] لِرَبِّ المالِ ، ولِلْمُضارِبِ أجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه عَلَّقَهُ بشَرْطٍ ، ولا يَصِحُّ عندَهم تَعْلِيقُ القِرَاضِ بشَرْطٍ . والمذهبُ هو الأَوَّلُ ؛ لأنَّ المالَ الذى فى يَدَىْ مَن عليه الدَّيْنُ له ، وإنَّما يَصِيرُ لِغَرِيمِه بِقَبْضِه ، ولم يُوجَدْ القَبْضُ هٰهُنا . وإن قال له : اعْزِلِ المالَ الذى لِى عليك ، وقد قارَضْتُكَ عليه . ففَعَلَ ، واشْتَرَى بعَيْنِ ذلك[2] المالِ[3] شيئا لِلْمُضَارَبةِ ، وَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى[4] لغيرِه بمالِ نَفْسِه ، فحَصَلَ الشِّرَاءُ له وإن اشْتَرَى فى ذِمَّتِه فكَذَلِكَ ؛ لأنَّه عَقَدَ القِرَاضَ على مالا يَمْلِكُه ، وعَلَّقَهُ على شَرْطٍ لا يَمْلِكُ به المالَ .

فصل : وإن قال لِرَجُلٍ : اقْبِض المالَ الذى على فُلَانٍ ، واعْمَلْ به مُضَارَبةً . فقَبَضَهُ ، وعَمِلَ به ، جازَ فى قَوْلِهم جَمِيعًا . ويكون وَكِيلًا فى قَبْضِه ، مُؤْتَمنًا عليه ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بإذْنِ مَالِكِه من غيرِه ، فجازَ أن يَجْعَلَهُ مُضَارَبةً ، كما لو قال : اقْبِض المالَ من

(١) فى الأصل : « المشترى » .
(٢) سقط من : ب .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى ا : « اشتراه »، وفى ب ، م : « يشترى » .

غُلَامِى ، وضَارِبْ به . قال مُهَنَّا . سَأَلْتُ أحمدَ عن رجلٍ قال : أَقْرِضْنِى أَلْفًا شَهْرًا ، ثم هو بعدَ الشَّهْرِ مُضَارَبَةٌ ؟ قال : لا يَصْلُحُ[٥] ؛ وذلك لأنَّه إذا أقْرَضَهُ[٦] صَارَ دَيْنًا عليه ، وقد ذَكَرْنا أنَّه لا يجوزُ أن يُضَارِبَ بالدَّيْنِ الذى عليه . ولو قال : ضَارِبْ به شَهْرًا ، ثم خُذْهُ قَرْضًا . جازَ ؛ لما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ .

/ **فصل** : ومن شَرْطِ المُضَارَبَةِ أن يكونَ رَأْسُ المالِ مَعْلُومَ المِقْدارِ . ولا يجوزُ أن يكونَ مَجْهُولًا ولا جُزَافًا ، ولو شَاهَدَاهُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : يَصِحُّ إذا شَاهَدَاهُ ، والقولُ قولُ العامِلِ مع يَمِينِه فى قَدْرِهِ ؛ لأنَّه أَمِينُ رَبِّ المالِ ، والقولُ قولُه فيما فى يَدَيْهِ[٧] ، فقامَ ذلك مقامَ المَعْرِفَةِ به . ولَنا ، أنَّه مَجْهُولٌ ، فلم تَصِحَّ المُضَارَبَةُ به ، كما لو لم يُشَاهِدَاه ؛ وذلك لأنَّه لا يَدْرِى بكم يَرْجِعُ عند المُفاصَلَةِ ، ولأنَّه يُفْضِى إلى المُنَازَعةِ والاخْتِلَافِ فى مِقْدارِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو كان فى الكِيسِ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالسَّلَمِ ، وبما إذا لم يُشَاهِدَاه .

١٥٨/٤و

فصل : ولو أحْضَرَ كِيسَيْنِ ، فى كلِّ واحِدٍ منهما مالٌ مَعْلُومُ المِقْدارِ ، وقال : قَارَضْتُكَ على أحَدِهما . لم يَصِحَّ ، سواءٌ تَسَاوَى ما فيهما أو اخْتَلَفَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ تَمْنَعُ صِحَّتَهُ الجَهَالَةُ ، فلم يَجُزْ على غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالبَيْعِ .

٨٣٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ فِى يَدِه وَدِيعَةٌ ، جَازَ لَهُ أنْ يَقُولَ : ضَارِبْ بِهَا)

وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الحَسَنُ : لا يجوزُ حتى يَقْبِضَها منه ، قِيَاسًا على الدَّيْنِ . ولَنا ، أنَّ الوَدِيعَةَ مِلْكُ رَبِّ المالِ ، فجازَ أن يُضَارِبَه عليها ، كما لو كانت حاضِرَةً . فقال : قارَضْتُكَ على هذا الأَلْفِ . وأشارَ إليه[١] فى زَاوِيةِ

---

(٥) فى م : « يصح » .

(٦) فى ا : « اقترض » .

(٧) فى الأصل : « يده » .

(١) فى ا : « إليها » .

البَيْتِ . وفارَقَ الدَّيْنَ ؛ فإنَّه لا يَصِيرُ عَيْنُ المالِ مِلْكًا لِلْغَرِيمِ إلَّا بِقَبْضِه . ولو كانت الوَدِيعةُ قد تَلِفَتْ بِتَفْرِيطِه ، وصارَتْ فى الذِّمَّةِ ، لم يَجُزْ أن يُضَارِبَهُ عليها ؛ لأنَّها صارَتْ دَيْنًا .

فصل : ولو كان له[2] فى يَدِ غيرِه مالٌ مَغْصُوبٌ ، فضَارَبَ الغاصِبَ به ، صَحَّ أيضًا ؛ لأنَّه مَالٌ لِرَبِّ المالِ ، يُبَاحُ له بَيْعُه من غاصِبِه ، وممَّن[3] يَقْدِرُ على أخْذِه منه ، فأشْبَه الوَدِيعَةَ . وإن تَلِفَ ، وصَارَ فى الذِّمَّةِ ، لم تَجُز المُضَارَبَةُ به ؛ لأنَّه صارَ دَيْنًا . ومتى ضَارَبَهُ بالمالِ المَغْصُوبِ ، زالَ ضَمانُ الغَصْبِ[4] بمُجَرَّدِ عَقْدِ المُضَارَبَةِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال القاضى : لا يَزُولُ ضَمَانُ الغَصْبِ إلَّا بِدَفْعِه ثَمَنًا . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ القِرَاضَ لا يُنَافِى الضَّمَانَ ، بِدَلِيلِ ما لو تَعَدَّى فيه . ولَنا ، أنَّه مُمْسِكٌ للمالِ بإِذْنِ مالِكِه ، لا يَخْتَصُّ بِنَفْعِه ، ولم يَتَعَدَّ فيه ، فأشْبَهَ ما لو قَبَضَهُ وقَبَّضَه[5] إيَّاهُ .

فصل : والعامِلُ أمِينٌ فى مالِ المُضَارَبَةِ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى مالِ غيرِه بإِذْنِه ، لا يَخْتَصُّ بِنَفْعِه ، فكان أمِينًا ، كالوَكِيلِ . وفارَقَ المُسْتَعِيرَ ؛ فإنَّه قَبَضَهُ لِمَنْفَعَتِه خاصَّةً ، وهٰهُنا المَنْفَعَةُ بينهما . فعلى هذا القولُ قولُه فى قَدْرِ رَأْسِ المالِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ من نَحْفَظُ عنهم[6] من أهْلِ العِلْمِ على[7] أن القولَ قولُ / العامِلِ فى قَدْرِ رَأْسِ المالِ . كذا قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ، وبه نقولُ . ولأنَّه يَدَّعِى عليه قَبْضَ شىءٍ ، وهو يُنْكِرُه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وكذلك القولُ قولُه فيما يَدَّعِيه[8] من تَلَفِ المالِ أو خَسَارَةٍ فيه ، وما يُدَّعَى عليه من خِيَانَةٍ وتَفْرِيطٍ ، وفيما يَدَّعِى

158/4 ظ

(2) سقط من : م .
(3) فى الأصل ، ب ، م : « ومن » .
(4) فى ا : « الغاصب » .
(5) سقط من : ب ، م .
(6) فى الأصل : « عنه » .
(7) سقط من : الأصل ، ا ، م .
(8) فى ب ، م : « يدعى » .

أنَّه اشْتَراهُ لِنَفْسِهِ أو لِلْمُضَارَبَةِ ؛ لأنَّ الاخْتِلافَ هـٰهُنا فى نِيَّتِه ، وهو أعْلَمُ بما نَوَاهُ ، لا يَطَّلِعُ على ذلك أحدٌ سِوَاه ، فكان القولُ قولَه فيما نَوَاهُ ، كما لو اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فى نِيَّةِ الزَّوْجِ بكِنَايَةِ الطَّلَاقِ . ولأنَّه أمِينٌ فى الشِّرَاءِ ، فكان القولُ قولَه ، كالوَكِيلِ . ولو اشْتَرَى عَبْدًا ، فقال رَبُّ المالِ : كنتُ نَهَيْتُكَ عن شِرَائِه . فأنْكَرَ العامِلُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ النَّهْيِ . وهذا كله لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا .

فصل : وإن قال : أَذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَسِيئةً وفى الشِّرَاءِ بعَشَرَةٍ . وقال : بل أَذِنْتُ لك فى البَيْعِ نَقْدًا ، وفى الشِّرَاءِ بخَمْسَةٍ . فالقولُ قولُ العامِلِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ رَبِّ المالِ . وهو قولُ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ . ولأنَّ القولَ قولُ رَبِّ المالِ فى أصْلِ الإِذْنِ ، فكذلك فى صِفَتِه . ولَنا ، أنَّهما اتَّفَقَا على الإِذْنِ ، واخْتَلَفَا فى صِفَتِه ، فكان القولُ قولَ العامِلِ ، كما لو قال : قد نَهَيْتُكَ عن شِرَاءِ عَبْدٍ . فأنْكَرَ النَّهْىَ .

فصل : وإن قال : شَرَطْتَ لى نِصْفَ الرِّبْحِ . فقال : بل ثُلُثَه . فعن أحْمَدَ فيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما : القولُ قولُ رَبِّ المالِ . نَصَّ عليه ، فى رِوَايَةِ ابنِ المَنْصُورِ وسِنْدِىٍّ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، (9)وابنُ المُبَارَكِ(9) ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ يُنْكِرُ السُّدُسَ الزَّائِدَ واشْتِرَاطَه له ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . والثانية ، أنَّ العامِلَ إذا ادَّعَى أجْرَ المِثْلِ ، وزِيَادَةً يَتَغابَنُ الناسُ بمِثْلِها ، فالقولُ قولُه ، وإن ادَّعَى أكْثَرَ ، فالقولُ قولُه فيما وافَقَ أجْرَ المِثْلِ . وقال الشّافِعِيُّ : يَتَحالَفانِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى عِوَضِ عَقْدٍ ، فيَتَحالفانِ ، كالمُتَبَايِعَيْنِ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلٰكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »(10) . (11)ولأنَّه اخْتلافٌ(11) فى المُضَارَبَةِ ، فلم

(9 – 9) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(10) تقدم تخريجه فى : 6 / 525 .

(11 – 11) فى م : « ولأن الاختلاف » .

يَتَحالَفَا ، كسَائِرِ ما قَدَّمْنَا اخْتِلَافَهما فيه ، والمُتَبايِعَانِ يَرْجِعَانِ إلى رُءُوسِ أَمْوَالِهما ، بخِلَافِ ما نحن فيه .

فصل : وإن ادَّعَى العامِلُ رَدَّ المالِ ، فأَنْكَرَ رَبُّ المالِ ، فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ مع يَمِينِه . نَصَّ عليه أحمدُ . ولأَصْحابِ الشّافِعِيِّ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما كقَوْلِنا . والآخَرُ : يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، ولأنَّ مُعْظَمَ النَّفْعِ لِرَبِّ المالِ ، فالعامِلُ كالمُودَعِ . ولَنا ، أنَّه قَبَضَ المالَ لِنَفْعِ نَفْسِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، كالمُسْتَعِيرِ ، ولأنَّ رَبَّ المالِ مُنْكِرٌ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وفارَقَ المُودَعَ ؛ فإنَّه لا نَفْعَ له فى الوَدِيعَةِ . وقولُهم : إنَّ مُعْظَمَ النَّفْعِ لِرَبِّ المالِ . يَمْنَعُه ، وإن سُلِّمَ إلَّا أنَّ المُضَارِبَ لم يَقْبِضْه إلَّا لِنَفْعِ نَفْسِه ، / ولم يَأْخُذْه لِنَفْعِ رَبِّ المالِ . ١٥٩/٤و

فصل : وإن قال : رَبِحْتُ أَلْفًا . ثم قال : خَسِرْتُ ذلك . قُبِلَ قَوْلُه ؛ لأنَّه أَمِينٌ يُقْبَلُ قولُه فى التَّلَفِ ، فقُبِلَ قولُه[١٢] فى الخَسارَةِ ، كالوَكِيلِ . وإن قال : غَلِطْتُ أو نَسِيتُ . لم يُقْبَلْ قولُه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بحَقٍّ لآدَمِيٍّ ، فلم يُقْبَلْ قولُه فى الرُّجُوعِ ، كما لو أقَرَّ بأن رَأْسَ المالِ أَلْفٌ ثم رَجَعَ . ولو أنَّ العامِلَ خَسِرَ ، فقال لِرَجُلٍ : أقْرِضْنِى ما أُتَمِّمُ به رَأْسَ المالِ لأَعْرِضَهُ على رَبِّه ، فإننى أخْشَى أن يَنْزِعَهُ مِنِّى إن عَلِمَ بالخَسَارَةِ . فأَقْرَضَهُ ، فعَرَضَهُ على رَبِّ المالِ ، وقال : هذا رَأْسُ مالِكَ . فأَخَذَه ، فله ذلك . ولا يُقْبَلُ رُجُوعُ العامِلِ عن إقْرارِه إن رَجَعَ . ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ المُقْرِضِ له ؛ لأنَّه يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا . وليس له مُطَالَبَةُ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ العامِلَ مَلَكَهُ بالقَرْضِ ، ثم سَلَّمَهُ إلى رَبِّ المالِ ، ولكن يَرْجِعُ المُقْرِضُ على العامِلِ لا غيرُ .

فصل : وإذا دَفَعَ رَجُلٌ إلى رَجُلَيْنِ مالًا قِراضًا على النِّصْفِ ، فنَضَّ المالُ ، وهو ثلاثةُ آلافٍ ، فقال رَبُّ المالِ : رَأْسُ المالِ أَلْفانِ ، فصَدَّقَهُ أحَدُهما ، وقال الآخَرُ : بل هو أَلْفٌ . فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه . فإذا حَلَفَ أنَّ رَأْسَ المالِ أَلْفٌ والرِّبْحَ أَلْفانِ ،

---

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

فنَصِيبُه منهما خَمْسُمائة ، يَبْقَى أَلْفَانِ وخَمْسُمائة ، يَأْخُذُ رَبُّ المالِ أَلْفَيْنِ ؛ لأنَّ الآخَرَ يُصَدِّقُه ، ويَبْقَى خَمْسُمائة رِبْحًا بين رَبِّ المالِ والعامِلِ الآخَر ، يَقْتَسِمانِها أَثْلاثًا ، لِرَبِّ المالِ ثُلُثاها ، وللعامِلِ ثُلُثُها مائة وسِتَّة وسِتُّون وثُلُثانِ ، ولِرَبِّ المالِ ثلاثُمائةٍ وثلاثةٌ وثَلاثُونَ وثُلُثٌ ؛ لأنَّ نَصِيبَ رَبِّ المالِ من الرِّبْحِ نِصْفُه ، ونَصِيبَ هذا العامِلِ رُبْعُه ، فيُقْسَمُ بينهما باقِى الرِّبْحِ على ثلاثةٍ ، وما أَخَذَهُ الحالِفُ فيما زادَ على قَدْرِ نَصِيبِه كالتَّالِفِ منهما ، والتالِفُ يُحْسَبُ فى المُضارَبةِ من الرِّبْحِ . وهذا قول الشَّافِعِىِّ .

فصل : وإن دَفَعَ إلى رَجُلٍ أَلْفًا يَتَّجِرُ فيه ، فرَبِحَ ، فقال العامِلُ : كان قَرْضًا لى رِبْحُه كلُّه . وقال ربُّ المالِ : كان قِرَاضًا فَرِبْحُه بيننا . فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فالقولُ قولُه فى صِفَةِ خُرُوجِه عن يَدِه . فإذا حَلَفَ قَسَمْنَا الرِّبْحَ بينهما . ويَحْتَمِلُ أن يَتحالَفَا ، ويكونُ للعامِلِ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ ممَّا شَرَطَهُ له من الرِّبْحِ أو أَجْرِ مثلِه ؛ لأنَّه إن كان الأَكْثَرُ نَصِيبَهُ من الرِّبْحِ ، فرَبُّ المالِ مُعْتَرِفٌ له به ، وهو يَدَّعِى الرِّبْحَ كلَّه ، وإن كان أَجْرُ مِثْلِه أَكْثَرَ ، فالقولُ قولُه فى عَمَلِه مع يَمِينِه . كما أنَّ القولَ قولُ رَبِّ المالِ فى رِبْحِ[13] مالِه ، فإذا حَلَفَ قُبِلَ قولُه فى أنَّه ما عَمِلَ بهذا الشَّرْطِ ، وإنَّما عَمِلَ لِغَرَضٍ لم[14] يَسْلَمْ له ، فيكونُ له أَجْرُ المِثْلِ . وإن أقامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً بدَعْوَاهُ ، فنَصَّ أحمدُ فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، أنَّهما يَتعارَضانِ ، ويُقْسَمُ الرِّبْحُ بينهمَا نِصْفَيْنِ . وإن قال رَبُّ المالِ : كان بِضَاعةً . وقال العامِلُ : بل كان قِرَاضًا . احْتَمَلَ أن يكونَ القولُ قولَ العامِلِ ؛ لأنَّه عَمِلَه له ، فيكونُ القولُ قولَه فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَتحالَفَا ، ويكونُ للعامِلِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ من نَصِيبِه من الرِّبْحِ أو أَجْرِ مثلِه ؛ لأنَّه لا[15] يَدَّعِى أَكْثَرَ من نَصِيبِه من الرِّبْحِ ، فلا يَسْتَحِقُّ زِيَادةً عليه . وإن / كان الأَقَلُّ أَجْرَ مِثْلِه ، فلم يَثْبُتْ كونُه قِرَاضًا ، فيكونُ له أَجْرُ عَمَلِه . وإن قال رَبُّ المالِ : كان بِضَاعَةً . وقال العامِلُ : كان قَرْضًا . حَلَفَ كلُّ واحِدٍ منهما على

١٥٩/٤ ظ

---

(١٣) سقط من : الأصل ، ا .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « لم » .

(١٥) سقط من : الأصل .

إنْكارِ ما ادَّعاهُ خَصْمُه ، وكان له أجْرُ عَمَلِه لا غيرُ . وإن خَسِرَ المالُ أو تَلِفَ ، فقال رَبُّ المالِ : كان قَرْضًا . وقال العامِلُ : كان قِرَاضًا أو بِضَاعةً . فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ .

فصل : وإذا اشْتَرَطَ المُضَارِبُ النَّفَقَةَ ، ثم ادَّعَى أنَّه إنَّما أنْفَقَ من مالِه ، وأرَادَ الرُّجُوعَ ، فله ذلك ، سواءٌ كان المالُ باقِيًا في يَدَيْه[16] ، أو قد رَجَعَ إلى مالِكِه . وبه قال أبو حنيفةَ إذا كانَ المالُ باقِيًا في يَدَيْهِ ، وليس له ذلك إذا كان بعدَ رَدِّه . ولَنا ، أنَّه أمِينٌ ، فكان القولُ قولَه في ذلك ، كما لو كان باقِيًا في يَدِه ، وكالوَصِيِّ إذا ادَّعَى النَّفَقَةَ على اليَتِيمِ .

فصل : إذا كان عَبْدٌ بين رجُلَيْنِ ، فباعَهُ أحَدُهما بأمْرِ الآخرِ بألْفٍ ، وقال : لم أقْبِضْ ثَمَنَهُ . وادَّعَى[17] المُشْتَرِى أنَّه قَبَضَهُ ، وصَدَّقَه الذى لم يَبِعْ ، بَرِئَ المُشْتَرِى من نِصْفِ ثَمَنِه ؛ لِاعْتِرافِ شَرِيكِ البائِعِ بقَبْضِ وَكِيلِه حَقَّه ، فبَرِئَ المُشْتَرِى منه ، كما لو أقَرَّ أنَّه قَبَضَهُ بِنَفْسِه ، وتَبْقَى الخُصُومَةُ بين البائِعِ وشَرِيكِه والمُشْتَرِى ، فإن خاصَمَهُ شَرِيكُه ، وادَّعَى عليه أنَّكَ قَبَضْتَه نَصِيبِى من الثَّمَنِ . فأنْكَرَ[18] ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه إن لم يكُنْ لِلْمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ قُضِىَ بها عليه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ المُشْتَرِى له ؛ لأنَّه يَجُرُّ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا . وإن خاصَمَ البائِعُ المُشْتَرِى ، فادَّعَى المُشْتَرِى أنَّه دَفَعَ إليه الثَّمَنَ ، وأنْكَرَ البائِعُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . فإذا حَلَفَ ، أخَذَ من المُشْتَرِى نِصْفَ الثَّمَنِ ، ولا يُشارِكُه فيه شَرِيكُه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّه يَأْخُذُه ظُلْمًا ، فلا يَسْتَحِقُّ مُشارَكَتَه فيه . وإن كانت لِلْمُشْتَرِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ شَرِيكِه عليه ؛ لأنَّه يَجُرُّ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ومن شَهِدَ بشَهادَةٍ تَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا بَطَلَتْ شَهادَتُه في الكُلِّ ، ولا فَرْقَ بين مُخاصَمَةِ الشَّرِيكِ قبلَ مُخاصَمَةِ المُشْتَرِى أو بعدَها . وإن ادَّعَى المُشْتَرِى أنَّ شَرِيكَ البائِعِ قَبَضَ الثَّمَنَ منه ، فصَدَّقَهُ البائِعُ ، نَظَرْتَ ، فإن كان البائِعُ أَذِنَ لِشَرِيكِه في القَبْضِ ، فهى كالتى قبلَها ، وإن لم يَأْذَنْ له في القَبْضِ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ

---

(١٦) في الأصل : « يده » .

(١٧) في الأصل : « وقال » .

(١٨) سقط من : الأصل .

المُشْتَرِى من شيءٍ من الثَّمَنِ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يُوَكِّلْه فى القَبْضِ ، فقَبْضُهُ له[19] لا يَلْزَمُه ، ولا يَبْرَأُ المُشْتَرِى منه ، كما لو دَفَعَهُ إلى أجْنَبِىٍّ . ولا يُقْبَلُ قولُ المُشْتَرِى على شَرِيكِ البائِعِ ؛ لأنَّه يُنْكِرُه ، وللبائِعِ المُطَالَبةُ بقَدْرِ نَصِيبِه لا غيرُ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ أن شَرِيكَه قَبَضَ حَقَّه . ويَلْزَمُ المُشْتَرِىَ دَفْعُ نَصِيبِه إليه ، ولا يَحْتاجُ إلى يَمِينٍ[20] ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ مُقِرٌّ بِبَقَاءِ حَقِّه . وإن دَفَعَه إلى شَرِيكِه ، لم تَبْرَأْ ذِمَّتُه ، فإذا قَبَضَ حَقَّه ، فلِشَرِيكِه مُشَارَكَتُه فيما قَبَضَ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لهما ثابِتٌ بِسَبَبٍ واحِدٍ ، فما قَبَضَ منه يكونُ / بينهما ، كما لو كان مِيراثًا . وله أن لا يُشَارِكَه ، ويُطَالِبَ المُشْتَرِىَ بحَقِّه كلِّه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الشَّرِيكُ مُشَارَكَتَهُ فيما قَبَضَ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ نَصِيبِه الذى يَنْفَرِدُ به ، فلم يكُنْ لِشَرِيكِه مُشَارَكَتُه فيما قَبَضَ من ثَمَنِه ، كما لو باعَ كلُّ واحِدٍ منهما نَصِيبَه فى صَفْقَةٍ . ويُخَالِفُ المِيرَاثَ ؛ لأنَّ سَبَبَ اسْتِحْقاقِ الوَرَثَةِ لا يَتَبَعَّضُ ، فلم يكن لِلْوَرَثةِ تَبْعِيضُه ، وههُنا يَتَبَعَّضُ ؛ لأنَّه إذا كان البائِعُ اثْنَيْنِ كان بمَنْزِلةِ عَقْدَيْنِ ، ولأنَّ الوارِثَ نائِبٌ عن المَوْرُوثِ ، [21]فكان ما يَقْبِضُه لِلْمَوْرُوثِ[21] يَشْتَرِكُ فيه جَمِيعُ الوَرَثةِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنّ ما يَقْبِضُه لِنَفْسِه . فإن قُلْنا : له مُشَارَكَتُه فيما قَبَضَ . فعليه اليَمِينُ أنَّه لم يَسْتَوْفِ حَقَّهُ من المُشْتَرِى ، ويأْخُذُ من القابِضِ نِصْفَ ما قَبَضَهُ ، ويُطالِبُ المُشْتَرِىَ بِبَقِيَّةِ حَقِّه ، إذا حَلَفَ له أيضا أنَّه ما قَبَضَ منه شيئا . وليس لِلْمَقْبُوضِ منه أن يَرْجِعَ على المُشْتَرِى بِعِوَضِ ما أخَذَ منه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ أنَّ المُشْتَرِىَ قد بَرِئَتْ ذِمَّتُه من حَقِّ شَرِيكِه ، وإنَّما أخَذَ منه ظُلْمًا ، فلا يَرْجِعُ بما ظَلَمَه هذا على غيرِه . وإن خاصَمَ المُشْتَرِى شَرِيكَ البائِعِ ، فادَّعَى عليه أنَّه قَبَضَ الثَّمَنَ منه ، فكانت له بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ[22] بها . وتُقْبَلُ شَهَادَةُ البائِعِ له إذا كان عَدْلًا ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا ؛ لأنَّه إذا ثَبَتَ

٤/١٦٠و

---

(١٩) سقط من : ا .

(٢٠) فى ب ، م : « أمين » .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب .

(٢٢) فى ا زيادة : « له » .

أن شَرِيكَه قَبَضَ الثَّمنَ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ بشيءٍ ، لأنَّه ليس بوَكِيلٍ له فى القَبْضِ ، فلا يَقعُ قَبْضُه له . هكذا ذَكَرَه بعضُ أصْحابِنَا ، وعندى لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له ؛ لأنَّه يَدْفَعُ عن نَفْسِه ضَرَرَ مُشَارَكَةِ شَرِيكِه له فيما يَقْبِضُه من المُشْتَرِى . وإذا لم تكنْ له[23] بَيِّنَة ، فحَلَفَ ، أخَذَ من المُشْتَرِى نِصْفَ الثَّمنِ ، وإن نَكلَ ، أخَذَ المُشْتَرِى منه نِصْفَه .

فصل : وإذا كان العَبْدُ بين اثْنَيْنِ ، فغَصَبَ رَجُلٌ نَصِيبَ أحدِهما ، بأن يَسْتَوْلِيَ على العَبْدِ ، ويَمْنَعَ أحَدَهما الانْتِفاعَ دُونَ الآخرِ ، ثم إنَّ مالِكَ نِصْفِه والغاصِبَ باعَا العَبْدَ صَفْقَةً واحِدَةً ، صَحَّ فى نَصِيبِ المالِكِ ، وبَطَلَ فى نَصِيبِ الغاصِبِ . وإن وَكَّلَ الشَّرِيكُ الغاصِبَ ، أو وَكَّلَ الغاصِبُ الشَّرِيكَ فى البَيْعِ ، فباعَ العَبْدَ كلَّه صَفْقةً واحِدَةً ، بَطَلَ فى نَصِيبِ الغاصِبِ ، فى الصَّحِيحِ . وهل يَصِحُّ فى نَصِيبِ الشَّرِيكِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ؛ لأنَّ الصَّفْقةَ هـٰهُنا وَقَعَتْ واحِدَةً ، وقد بَطَلَ البَيْعُ فى بعضِها ، فبَطَلَ فى سائِرِها . بخِلَافِ ما إذا باعَ المالِكُ والغاصِبُ ، فإنَّهما عَقْدانِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدانِ . ولو أنَّ الغاصِبَ ذَكَرَ لِلْمُشْتَرِى أنَّه وَكِيلٌ[24] فى نِصْفِه ، لصَلَحَ فى نَصِيبِ الآذِنِ ؛ لكَوْنِه كالعَقْدِ المُنْفَرِدِ .

فصل : وإذا كان لِرَجُلَيْنِ دَيْنٌ لِسَبَبٍ واحِدٍ ؛ إما عَقْدٍ أو مِيرَاثٍ أو اسْتِهْلَاكٍ أو غيرِه ، فقَبَضَ أحَدُهُما منه شَيْئًا ، فللآخرِ مُشَارَكَتُه فيه . هذا ظاهِرُ / المذهبِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ لأحدِهما أن يَأْخُذَ حَقَّه دُونَ صاحِبِه ، ولا يُشارِكُه الآخرُ فيما أخَذَه . وهو قولُ أبى العَالِيَةِ ، وأبى قِلَابَةَ ، وابن سِيرِينَ ، وأبى عُبَيْدٍ . قيل لأحمدَ : بِعْتُ أنا وصَاحِبِى مَتَاعًا بَيْنِى وبَيْنَه ، فأعْطانِى حَقِّى ، وقال : هذا حَقُّكَ خاصَّةً ، وأنا أُعْطِى شَرِيكَكَ بعدُ . قال : لا يجوزُ . قيل له : فإن أخَّرَهُ أو أبْرَأهُ من حَقِّه دُونَ صاحِبِه ؟ قال : يجوزُ . قيل : فقد قال أبو عُبَيْدٍ : له أن يَأْخُذَ دون صاحِبِه إذا كان له أن يُؤَخِّرَ ، ويُبْرِئَه دون

٤/١٦٠ظ

(٢٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « وكل » .

صَاحِبه ؟ فَفكَّرَ فيها ، ثم قال : هذا يُشبِه المِيراثَ إذا أخَذَ منه بعضُ الوَرَثَةِ دون بعضٍ ، وقد قال ابنُ سِيرِينَ وأبو قِلَابةَ وأبو العَالِيَةِ : من أخَذَ شيئًا فهو من نَصِيبِه . قال : فرَأيْتُه قد احْتجَّ له وأجَازَهُ . قال أبو بكرٍ : العَمَلُ عندى على ما رَوَاهُ حَرْبٌ وحَنْبَلٌ ، أنَّه لا يجوزُ . وهو الصَّحِيحُ . وقد صَرَّحَ به أحمدُ فى أوَّلِ هذه الرِّوَايةِ ، ولم يُصرِّحْ بالرُّجُوعِ عمَّا قالَه ؛ وذلك لأنَّه لا يَجوزُ أن يكونَ نَصِيبُ القابِضِ ما أخَذَهُ ، لما فى ذلك من قِسْمَةِ الدَّيْنِ فى الذِّمَّةِ من غيرِ رِضَى الشَّرِيكِ ، فيكون المأخُوذُ والباقِى جَمِيعًا مُشْتَرَكًا ، ولغيرِ القابِضِ الرُّجُوعُ على القابِضِ بِنصْفِه[25] ، سواءٌ كان باقِيًا فى يَدِه ، أو أخْرَجَه عنها برَهْنٍ أو قَضَاءِ دَيْنٍ أو غيرِه ، وله أن يَرْجِعَ على الغَرِيمِ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَثْبُتُ فى ذِمَّتِه لهما على وَجْهٍ سواءٍ ، فليس له تَسْلِيمُ حَقِّ أحَدِهما إلى الآخرِ ، فإن أخَذَ من الغَرِيمِ لم يَرْجِعْ على الشَّرِيكِ بشىءٍ ؛ لأنَّ حَقَّه يَثْبُتُ فى أحَدِ المَحلَّيْنِ ، فإذا اختارَ أحَدَهُما سَقَطَ حَقُّه من الآخَرِ ، وليس للقابِضِ مَنْعُه من الرُّجُوعِ على الغَرِيمِ ، بأن يقولَ : أنا أُعْطِيكَ نِصْفَ ما قَبَضْتُ . بل الخِيرَةُ إليه من أيِّهما شاءَ قَبَضَ ، فإن قَبَضَ من شَرِيكِه شيئًا ، رَجَعَ الشَّرِيكُ على الغَرِيمِ بمِثْلِه ، وإن هَلَكَ المَقْبُوضُ فى يَدِ القابِضِ ، تَعَيَّنَ حَقُّه فيه ، ولم يَضْمَنْه للشَّرِيكِ ؛ لأنَّه قَدْرُ حَقِّه فما[26] تَعَدَّى بالقَبْضِ ، وإنَّما كان لِشَرِيكِه مُشارَكَتُه لِثُبُوتِه فى الأَصْلِ مُشْتَرَكًا . وإن أبْرَأَ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ من حَقِّه ، بَرِئَ منه ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ تَلفِه ، ولا يَرْجِعُ عليه غَرِيمُه بشىءٍ . وإن أبْرَأَ أحَدَهما من عُشْرِ الدَّيْنِ ، ثم قَبَضَا من الدَّيْنِ شيئًا ، اقْتَسَمَاهُ على قَدْرِ حَقِّهِما فى الباقِى ؛ لِلْمُبْرِئِ أرْبَعةُ أتْساعِه ، ولِشَرِيكِه خَمْسَةُ أتْساعِه . وإن قَبَضَا نِصْفَ الدَّيْنِ ، ثم أبْرَأَ أحَدَهُما من عُشْرِ الدَّيْنِ كلِّه ، نَفَذَتْ بَرَاءَتُه فى خُمْسِ الباقِى ، وما بَقِىَ بينهما على ثَمَانِيةٍ ؛ لِلْمُبْرِئِ ثَلَاثَةُ أثْمانِه ، ولِلآخَرِ خَمْسَةُ أثْمانِه ، فما قَبَضَاهُ بعدَ ذلك اقْتَسَمَاهُ على هذا . وإن اشْتَرَى أحَدُهُما بِنَصِيبِه من الدَّيْنِ ثَوْبًا ، فلِلآخَرِ إبْطالُ / الشِّرَاءِ ، فإن بَذَلَ له المُشْتَرِى[27] نِصْفَ الثَّوْبِ ، ولا يُبْطِلِ البَيْعَ ، لم ٤/١٦١و

---

(٢٥) فى ب : « بنصيبه » .

(٢٦) فى ب ، م : « فيما » .

(٢٧) فى ب : « الشريك » .

يَلْزَمُهُ ذلك . وإن أجازَ البَيْعَ لِيَمْلِكَ نِصْفَ الثَّوْبِ ، انْبَنَى على بَيْعِ الفُضُولِيِّ ، هل يَقِفُ على الإِجازَةِ أو لا ؟ وإن أَخَّرَ أحَدُهُما حَقَّه من الدَّيْنِ ، جازَ ؛ فإنَّه لو أسْقَطَ حَقَّهُ جازَ ، فتَأْخِيرُه أَوْلَى . فإن قَبَضَ الشَّرِيكُ بعدَ ذلك شيئا ، لم يكُنْ لِشَرِيكِه الرُّجُوعُ عليه بشيءٍ . ذَكَرَه القاضى . والأَوْلَى أنَّ له الرُّجُوعَ ؛ لأَنَّ الدَّيْنَ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ؛ فوُجُودُ التَّأْجِيلِ كعَدَمِه . فأمَّا إن قُلْنا بالرِّوايَةِ الأُخْرَى ، وأنَّ ما يَقْبِضُهُ[28] أحَدُهُما له دونَ صاحِبِه ، فوَجْهُها أنَّ ما فى الذِّمَّةِ لا يَنْتَقِلُ إلى العَيْنِ إلَّا بتَسْلِيمِه إلى غَرِيمِه[29] أو وَكِيلِه ، وما قَبَضَهُ أحَدُهما فليس لِشَرِيكِه فيه قَبْضٌ ، ولا لِوَكِيلِه ، فلا يَثْبُتُ له فيه حَقٌّ ، وكان لِقَابِضِه ؛ لِثُبُوتِ يَدِه عليه بحَقٍّ ، فأَشْبَهَ ما لو كان الدَّيْنُ بسَبَبَيْنِ . وليس هذا قِسْمَةَ الدَّيْنِ فى الذِّمَّةِ ، وإنما تَعَيَّنَ حَقُّه بقَبْضِه ، فأَشْبَه تَعْيِينَه بالإِبْرَاءِ ، ولأنَّه لو كان لغيرِ القابِضِ حَقٌّ فى المَقْبُوضِ ، لم يَسْقُطْ بتَلَفِه ، كسائِرِ الحُقُوقِ ، ولأنَّ هذا القَبْضَ لا يَخْلُو إمَّا أن يكونَ بِحَقٍّ أو بغيرِ حَقٍّ ، فإن كان بحَقٍّ ، لم يُشارِكْهُ غيرُه فيه ، كما لو كان الدَّيْنُ بسَبَبَيْنِ ، وإن كان بغير حَقٍّ ، لم يكُنْ له مُطَالَبَتُه ؛ لأنَّ حَقَّهُ فى الذِّمَّةِ لا فى العَيْنِ ، فأَشْبَهَ ما لو أخَذَ غاصِبٌ منه مالًا ، فعلى هذا ما قَبَضَه القابِضُ يَخْتَصُّ به دُونَ شَرِيكِه ، وليس لِشَرِيكِه الرُّجُوعُ عليه . وإن اشْتَرَى بِنَصِيبِه ثَوْبًا ، صَحَّ ، ولم يكُنْ لِشَرِيكِه إبْطَالُ الشِّرَاءِ . وإن قَبَضَ أكْثَرَ من حَقِّه بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه ، لم يَبْرَأ الغَرِيمُ ممَّا زادَ على حَقِّه .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ ، فى قِسْمَةِ الدَّيْنِ فى الذِّمَمِ ، فنَقَلَ حَنْبَلٌ مَنْعَ ذلك . وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّ الذِّمَمَ لا تَتَكافأُ ولا تَتَعادَلُ ، والقِسْمَةُ تَقْتَضِى التَّعْدِيلَ . وأما القِسْمَةُ من غير تَعْدِيلٍ فهى بَيْعٌ ، ولا يجوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ . فعلى هذا لو تَقَاسَما ، ثم تَوِىَ[30] بعضُ المالِ ، رَجَعَ من تَوِىَ مالُه على مَن لم يَتْوَ . وبهذا قال ابنُ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىُّ . ونَقَلَ حَرْبٌ جوازَ ذلك ؛ لأنَّ الاخْتِلافَ لا يَمْنَعُ القِسْمَةَ ، كما لو اخْتَلَفَتِ

---

(28) فى م : « قبضه » .

(29) فى ا : « غيره » .

(30) توى : هلك .

الأَعْيانُ . وبه قال الحَسَنُ ، وإسحاقُ . فعَلَى هذا لا يَرْجِعُ من تَوِىَ مالُه على مَنْ لم يَتْوَ ، إذا أَبْرَأَ كلُّ واحِدٍ منهما[31] صاحِبَهُ . وهذا إذا كان فى ذِمَمٍ ، فأمَّا فى ذِمَّةٍ واحِدَةٍ ، فلا تُمْكِنُ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ مَعْنَى القِسْمَةِ إفْرَازُ الحَقِّ ، ولا يُتَصَوَّرُ ذلك فى ذِمَّةٍ واحِدَةٍ .

فُصُولٌ فى العَبْدِ المَأْذُونِ له : يجوزُ أن يَأْذَنَ السَّيِّدُ لِعَبْدِه فى التِّجَارةِ . بغيرِ خِلَافٍ / ٤/١٦١ ظ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لِحَقِّ سَيِّده ، فجازَ له التَّصرُّفُ بإذْنِه . ويَنْفكُّ عنه الحَجْرُ فى قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه ؛ لأنَّ تَصرُّفَهُ إنَّما جازَ بإذْنِ سَيِّده ، فزَالَ الحَجْرُ فى قَدْرِ ما أُذِنَ فيه ، كالتَّوْكيلِ[32] . فإن دَفَعَ إليه مالًا يَتَّجِرُ فيه[33] كان له أن يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ ويَتَّجِرَ فيه . وإن أَذِنَ له أن يَشْتَرِىَ فى ذِمَّتِه ، جازَ . وإن عَيَّنَ له نَوْعًا من المالِ يَتَّجِرُ فيه ، جازَ ، ولم يكُنْ له التِّجَارةُ فى غيرِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ أن يَتَّجِرَ فى غيرِه ، ويَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ[34] مُطْلَقًا ؛ لأنَّ إذْنَه إطْلَاقٌ من الحَجْرِ وفَكٌّ له ، والإِطْلَاقُ لا يَتَبَعَّضُ ، كبُلُوغِ الصَّبِىِّ . ولَنا ، أنَّه مُتَصرِّفٌ بالإِذْنِ من جِهَةِ الآدَمِىِّ ، فوَجَبَ أن يَخْتَصَّ ما أُذِنَ له فيه ، كالوَكِيلِ والمُضَارِبِ . وما قاله يَنْتَقِضُ[35] بما إذا أَذِنَ له فى شِرَاءِ ثَوْبٍ لِيَلْبَسَهُ ، أو طَعَامٍ لِيَأْكُلَهُ . ويُخَالِفُ البُلُوغَ ؛ فإنَّه يَزُولُ به المَعْنَى المُوجِبُ لِلْحَجْرِ ، فإنَّ البُلُوغَ مَظِنَّةُ كَمالِ العَقْلِ ، الذى يتَمَكَّنُ به من التَّصرُّفِ على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وهٰهُنا الرِّقُّ سَبَبُ الحَجْرِ ، وهو مَوْجُودٌ ، فنَظِيرُ البُلُوغِ فى الصَّبِىِّ العِتْقُ لِلْعَبْدِ ، وإنَّما يَتصرَّفُ العَبْدُ بالإِذْنِ ، ألا تَرَى أنَّ الصَّبِىَّ يَسْتَفِيدُ بالبُلُوغِ قَبُولَ النِّكَاحِ ، بخِلَافِ العَبْدِ !

فصل : وإذا أُذِنَ له فى التِّجَارةِ ، لم يَجُزْ له أن يُؤْجِرَ نَفْسَه ، ولا يَتَوَكَّلُ لإِنْسانٍ . وبه

---

(٣١) سقط من : م .
(٣٢) فى م : « كالوكيل » .
(٣٣) فى ا ، ب ، م : « به » .
(٣٤) سقط من : الأصل .
(٣٥) فى ب ، م : « ينقض » .

قال الشّافِعِىُّ . وأبَاحَهُما أبو حنيفةَ ؛ لأنَّه يَتَصرَّفُ لِنَفْسِه ، فمَلَكَ ذلك كالمُكاتَبِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ على نَفْسِه ، فلا يَمْلِكُه بالإذْنِ فى التِّجارَةِ ، كَبَيْعِ[٣٦] نَفْسِه وتَزَوُّجِه . وقولُهم : إنَّه يَتَصرَّفُ لِنَفْسِه . مَمْنُوعٌ ، بل يَتَصرَّفُ لِسَيِّدِهِ ، وبهذا فارَقَ المُكاتَبَ [٣٧] فإن المُكاتَبَ [٣٧] يَتَصرَّفُ لِنَفْسِه ، ولهذا كان له أن يَبِيعَ من سَيِّدِه .

فصل : وإذا رَأى السَّيِّدُ عَبْدَه يَتَّجِرُ ، فلم يَنْهَهُ ، لم يَصِرْ مَأْذُونًا له . وبه[٣٨] قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِيرُ مَأْذُونًا له ؛ لأنَّه سَكَتَ عن حَقِّه ، فكان مُسْقِطًا له ، كالشَّفِيعِ إذا سَكَتَ عن طَلَبِ الشُّفْعَةِ . ولَنا ، أنَّه تَصرُّفٌ يَفْتَقِرُ إلى الإذْنِ ، فلم يَقُم السُّكُوتُ مَقامَ الإذْنِ ، كما لو باعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ والمُرْتَهِنُ ساكِتٌ ، أو باعَهُ المُرْتَهِنُ والرّاهِنُ ساكِتٌ ، وكتَصرُّفاتِ الأجانِبِ . ويُخالِفُ الشُّفْعَةَ ؛ فإنَّها تَسْقُطُ بمُضِىِّ الزَّمَانِ إذا عَلِمَ بها[٣٩] ؛ لأنَّها على الفَوْرِ .

فصل : ولا يَبْطُلُ الإذْنُ بالإبَاقِ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَبْطُلُ ؛ لأنَّه يُزِيلُ به[٤٠] وِلَايَةَ السَّيِّدِ عنه فى التِّجَارةِ ، بدَلِيلِ أنَّه لا يجوزُ بَيْعُه ولا هِبَتُه ولا رَهْنُه ، فأشْبَهَ ما لو باعَهُ . ولَنا ، أنَّ الإبَاقَ / لا يَمْنَعُ ابْتِداءَ الإذْنِ له[٤٠] فى التِّجارةِ ، فلم يَمْنَع اسْتِدامَتَهُ ، كما لو غَصَبَهُ غاصِبٌ أو[٤١] حُبِسَ بِدَيْنٍ عليه أو على غيرِه . وما ذَكَرُوهُ غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ سَبَبَ الوِلَايَةِ باقٍ وهو الرِّقُّ ، ويجوزُ بَيْعُه وإجَارَتُه مِمَّن يَقْدِرُ عليه ، ويَبْطُلُ بالمَغْصُوبِ .

١٦٢/٤و

---

(٣٦) فى م : « وكبيع » .

(٣٧-٣٧) سقط من : م .

(٣٨) فى م : « وبهذا » .

(٣٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) فى ب زيادة : « إن » .

فصل : ولا يجوزُ للمَأْذُونِ التَبَرُّعُ بِهِبَةِ الدَّرَاهِم ، ولا كُسْوَةِ الثِّيابِ . وتجوزُ هِبَتُه المأْكُولَ ، وإعارَةُ دَابَّتِه ، واتِّخاذُ الدَّعْوَةِ ، ما لم يكُنْ إسْرَافًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، وقال الشَّافِعِيُّ : لا يجوزُ شيءٌ من ذلك بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بمالِ مَوْلَاه ، فلم يَجُزْ ، كهِبَةِ دَرَاهِمِه . ولَنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ(٤٢) . ورَوَى أبو سَعِيدٍ مَوْلَى أبي أُسَيدٍ ، أنَّه تَزَوَّجَ ، فحَضَرَ دَعْوَتَه أناسٌ من أصْحَابِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ منهم : عبدُ اللهِ بن مَسْعُودٍ ، وحُذَيْفَةُ ، وأبُو ذَرٍّ ، فأَمَّهُمْ وهو يَوْمَئِذٍ عَبْدٌ . رَوَاهُ صَالِحٌ في مَسَائِلِه بإسْنَادِه(٤٣) . ولأنَّ العادَةَ جَارِيَةٌ بهذا بين التُّجَّارِ ، فجازَ ، كما جازَ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ بِكِسْرَةِ الخُبْزِ من بَيْتِ زَوْجِها .

---

(٤٢) أخرجه الترمذي ، في : باب آخر ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذي ٤ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، في : باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق ، من كتاب التجارات ، وفي : باب البراءة من الكبر والتواضع ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٠ ، ١٣٩٨ .

(٤٣) تقدم تخريجه في : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ .

كتابُ الوَكالةِ

وهى جائِزَةٌ بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإجْماعِ ؛ أمَّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَٱلْمَسَاكِينِ وَٱلْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾[(١)] . فجَوَّزَ العَمَلَ عليها ، وذلك بحُكْمِ النِّيابةِ عن المُسْتَحِقِّينَ ، وأيضا قولُه تعالى : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَـٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ برِزْقٍ مِنْهُ ﴾[(٢)] . وهذه وَكالةٌ . وأما السُّنَّةُ ، فروَى أبو دَاوُدَ ، والأَثْرَمُ ، وابنُ مَاجَه[(٣)] ، عن الزُّبَيْرِ بن الْخِرِّيتِ ، عن أبى لَبِيدٍ لِمَازَةَ بن زَبَّارٍ ، عن عُرْوَةَ بن الجَعْدِ قال : عَرَضَ للنَّبِيِّ ﷺ جَلَبٌ ، فأعْطَانِى دِينَارًا ، فقال : « يَا عُرْوَةُ ، ائْتِ الجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . قال : فأتَيْتُ الجَلَبَ ، فسَاوَمْتُ صَاحِبَه ، فاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فجِئْتُ أسُوقُهما ، أو أقُودُهما ، فلَقِيَنِى رَجُلٌ بالطَّرِيقِ ، فسَاوَمَنِى ، فَبِعْتُ منه شَاةً بِدِينَارٍ ، فأتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ بالدِّينارِ وبالشَّاةِ[(٤)] . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، هذا دِينَارُكم ، وهذه شَاتُكم . قال : « وصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » . قال : فحَدَّثْتُه الحَدِيثَ . قال : « اللَّهُمَّ بارِكْ لَهُ فى صَفْقَةِ يَمِينِه » . هذا لَفْظُ رِوايةِ الأَثْرَمِ . وروَى أبو دَاوُدَ[(٥)] ، بإسْنادِه عن جابرِ بن عبدِ اللهِ ، قال : أرَدْتُ الخُرُوجَ إلى خَيْبَرَ ، فأتَيْتُ رسولَ اللهِ ﷺ فقلتُ له[(٦)] : إنِّى أرَدْتُ الخُرُوجَ إلى خَيْبَرَ . فقال : « ائْتِ وَكِيلِى ، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا ، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ

---

(١) سورة التوبة ٦٠ .

(٢) سورة الكهف ١٩ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٩٥ .

(٤) فى الأصل : « والشاة » .

(٥) فى : باب فى الوكالة ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٨٢ .

(٦) سقط من : الأصل .

عَلَى تَرْقُوَتِهِ » . ورُوِىَ عنه ﷺ ، أنَّه وَكَّلَ عَمْرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىَّ ، فى / قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ ١٦٢/٤ ظ
حَبِيبَةَ ، وأبا رَافِعٍ فى قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ[٧] . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على جَوازِ الوَكَالَةِ فى
الجُمْلَةِ . ولأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إلى ذلك ؛ فإنَّه لا يُمْكِنُ كلَّ واحِدٍ فِعْلُ ما يَحْتَاجُ إليه ،
فدَعَتِ الحاجَةُ إليها .

فصل : وكُلُّ مَن صَحَّ تَصرُّفُه فى شىءٍ بنَفْسِه ، وكان ممَّا تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، صَحَّ أن
يُوَكِّلَ فيه رَجُلًا كان[٨] أو امْرَأَةً ، حُرًّا كان[٨] أو عَبْدًا ، مُسْلِمًا كان أو كافِرًا . وأمَّا من
يَتصرَّفُ بالإِذْنِ ، كالعَبْدِ المَأْذُونِ له ، والوَكِيلِ ، والمُضَارِبِ ، فلا يَدْخُلُون[٩] فى
هذا . لكنْ يَصِحُّ من العَبْدِ التَّوْكِيلُ فيما يَمْلِكُه دون سَيِّدِه ، كالطَّلَاقِ والخُلْعِ .
[١٠]وكذلك الحُكْمُ فى المَحْجُورِ عليه لِسَفَهٍ ، لا يُوَكِّلُ إلَّا فيما له فِعْلُه ، من الطَّلَاقِ
والخُلْعِ[١٠] ، وطَلَبِ القِصَاصِ ، ونحوِه . وكُلُّ ما يَصِحُّ[١١] أن يَسْتَوْفِيَهُ بِنَفْسِه ، وتَدْخُلُه
النِّيابَةُ ، صَحَّ أن يَتَوَكَّلَ لغيرِه فيه ، إلَّا الفاسِقَ ، فإنَّه يَصِحُّ أن يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِه .
وذَكَرَ القاضى أنَّه لا يَصِحُّ أن يَقْبَلَهُ لغيرِه . وكلامُ أبى الخَطَّابِ يَقْتَضِى جَوازَ ذلك . وهو
القِيَاسُ . ولأَصْحابِ الشّافِعِىِّ فى ذلك وَجْهانِ ، كهٰذَيْنِ . فأمَّا تَوْكِيلُه فى الإِيجابِ ،
فلا يجوزُ إلَّا على الرِّوَايةِ التى تُثْبِتُ الوِلَايَةَ له . وذَكَرَ أصْحابُ الشّافِعِىِّ فى ذلك
وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما : يجوزُ تَوْكِيلُه ؛ لأنَّه ليس بوَلِىٍّ . وَوَجْهُ الوَجْهِ الآخرِ ، أنَّه مُوجِبٌ
لِلنِّكَاحِ ، أشْبَهَ الوَلِىَّ . ولأنَّه لا يجوزُ أن يَتَوَلَّى ذلك بِنَفْسِه ، فلم يَجُزْ أن يَتَوَكَّلَ فيه ،
كالمَرْأةِ . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ المَرْأةِ فى طَلَاقِ نَفْسِها ، وطَلَاقِ غيرِها . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ العَبْدِ فى
قَبُولِ النِّكَاحِ ؛ لأنَّه ممَّن يَجُوزُ أن يَقْبَلَه لِنَفْسِه ؛ وإنَّما يَقِفُ ذلك على إذْنِ سَيِّدِه ، لِيَرْضَى

---

(٧) ذكرهما الحافظ ابن حجر فى : كتاب الوكالة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٠ .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « يدخل » .

(١٠ - ١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل : « صح » .

بِتَعلُّقِ الحُقُوقِ به . ومَن لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى شىءٍ لِنَفْسِه ، لا يَصِحُّ أن يَتَوكَّلَ فيه ، كالمَرْأةِ فى عَقْدِ النِّكاحِ وقَبُولِه ، والكافِرِ فى تَزْوِيجِ مُسْلِمَة ، والطِّفْلِ والمَجْنُون فى الحُقُوقِ كلِّها .

فصل : ولِلمُكَاتَبِ أن يُوكِّلَ فيما يَتصرَّفُ فيه بِنَفْسِه . وله أن يَتوكَّلَ بجُعْلٍ ، لأنَّه من اكْتِسَابِ المالِ . ولا يُمْنَعُ المُكَاتَبُ من الاكْتِسَابِ ، وليس له أن يَتوكَّلَ لغيرِه بغيرِ جُعْلٍ ، إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ مَنافِعَه كأعْيانِ مالِه ، وليس له بَذْلُ عَيْنِ مالِه بغيرِ عِوَضٍ . ولِلْعَبْدِ أن يَتَوكَّلَ بإذْنِ سَيِّدِه ، وليس له التَّوْكِيلُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، وإن كان مَأْذُونًا له فى التِّجارةِ ؛ لأنَّ الإذْنَ فى التِّجَارةِ لا يَتناوَلُ التَّوْكِيلَ . وتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِىِّ المُرَاهِقِ ، إذا أَذِنَ له الوَلِىُّ ؛ لأنَّه مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُه .

٨٤٠ – مسألة ؛ قال : (ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الشِّرَاءِ والْبَيْعِ ، ومُطَالَبَةِ[1] الحُقُوقِ ، والْعِتْقِ والطَّلَاقِ ، حَاضِرًا كَانَ المُوَكِّلُ أو غَائِبًا)

لا نَعْلَمُ خِلافًا فى جوازِ التَّوْكِيلِ فى البَيْعِ والشِّراءِ . وقد ذَكَرْنا الدَّلِيلَ عليه من الآيةِ والخَبَرِ ، ولأنَّ الحاجةَ داعِيَةٌ إلى التَّوْكِيلِ فيه ؛ لأنَّه قد يكونُ مِمَّنْ لا يُحْسِنُ البَيْعَ والشِّرَاءَ ، أو لا يُمْكِنُه الخُرُوجُ إلى السُّوقِ . وقد يكونُ له مالٌ ولا يُحْسِنُ التِّجَارةَ فيه ، وقد يُحْسِنُ ولا يَتفَرَّغُ ، وقد لا تَلِيقُ به التِّجَارةُ لكَوْنِه امْرَأةً ، أو ممَّن يَتَعَيَّرُ بها ، ويَحُطُّ ذلك من مَنْزِلَتِه ، فأبَاحها الشَّرْعُ دَفْعًا للحاجَةِ ، / وتَحْصِيلًا لِمَصْلَحَةِ الآدَمِىِّ المَخْلُوقِ لِعِبَادَةِ اللهِ سُبْحانَهُ . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى الحَوالَةِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمَانِ ، والكَفَالةِ ، والشَّرِكَةِ ، والوَدِيعَةِ ، والمُضَارَبةِ ، والجَعَالَةِ ، والمُسَاقاةِ ، والإجَارَةِ ، والقَرْضِ ، والصُّلْحِ ، والوَصِيَّةِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، والصَّدَقَةِ ، والفَسْخِ ، والإبْراءِ ؛ لأنَّها فى مَعْنَى البَيْعِ فى الحاجَةِ إلى التَّوْكِيلِ فيها ، فيَثْبُتُ فيها حُكْمُه . ولا نَعْلَمُ فى شىءٍ من

١٦٣/٤و

(١) فى الأصل : « ومطالبة » .

ذلك اخْتِلَافًا . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى عَقْدِ النِّكَاحِ فى الإيجابِ والقَبُولِ ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرو بن أُمَيَّةَ ، وأبَا رَافِعٍ ، فى قَبُولِ النِّكَاحِ له[2] . ولأَنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، فإنَّه رُبَّما احْتاجَ إلى التَّزَوُّجِ من مَكانٍ بَعِيدٍ ، لا يُمْكِنُه السَّفَرُ إليه ، فإنَّ النَّبىَّ ﷺ تَزَوَّجَ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وهى يَوْمَئِذٍ بأَرْضِ الحَبَشَةِ[3] . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الطَّلَاقِ ، والخُلْعِ ، والرَّجْعَةِ ، والعَتَاقِ ؛ لأَنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، كدُعَائِها إلى التَّوْكِيلِ فى البَيْعِ والنِّكَاحِ . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى تَحْصِيلِ المُبَاحاتِ ، كإِحْياءِ المَواتِ ، وإسْقَاءِ[4] الماءِ ، والاصْطِيَادِ ، والاحْتِشَاشِ ؛ لأَنَّها تَمَلُّكُ مالٍ بِسَبَبٍ لا يَتَعَيَّنُ عليه ، فجازَ التَّوْكِيلُ فيه ، كالابْتِياعِ والاتِّهَابِ . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى إثْباتِ القِصَاصِ ، وحَدِّ القَذْفِ ، واسْتِيفَائِهما ، فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه ؛ لأَنَّهما من حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ ، وتَدْعُو الحاجَةُ إلى التَّوْكِيلِ فيهما ، لأَنَّ مَن له حَقٌّ قد لا يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسه[5] .

فصل : ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى مُطَالَبَةِ الحُقُوقِ ، وإثْباتِها ، والمُحَاكَمَةِ فيها ، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائِبًا ، صَحِيحًا أو مَرِيضًا . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لِلْخَصْمِ أن يَمْنَعَ من مُحاكَمَةِ الوَكِيلِ إذا كانَ المُوَكِّلُ حاضِرًا ؛ لأَنَّ حُضُورَهُ مَجْلِسَ الحُكْمِ ، ومُخَاصَمَتَهُ حَقٌّ لِخَصْمِه عليه ، فلم يكُنْ له نَقْلُه إلى غيرِه بغيرِ رِضَاءِ خَصْمِه ، كالدَّيْنِ عليه . ولَنا ، أَنَّه حَقٌّ تَجُوزُ النِّيابَةُ فيه ، فكان لِصاحِبِه الاسْتِنَابَةُ بغير رِضَاءِ خَصْمِه ، كحالِ غَيْبَتِه ومَرَضِه ، وكدَفْعِ المالِ الذى عليه ، ولأَنَّه إجْماعُ الصَّحَابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ عليًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وَكَّلَ عَقِيلًا عند أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وقال : ما قُضِىَ له فَلِى ، وما قُضِىَ عليه

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٧ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢٧ .

(٤) فى الأصل : « واستقاء » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فعَلَىَّ . ووَكَّلَ عبدَ الله بن جَعْفَرٍ عند عثمانَ ، وقال : إنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحَمًا ، وإن الشَّيْطَانَ لَيَحْضُرُهَا ، وإنِّى لأُكْرَهُ أن أَحْضُرَها . قال أبو زِيَادٍ[٦] : القُحَمُ المَهَالِكُ . وهذه قِصَصٌ انْتَشَرَتْ ، لأنَّها فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، فلم يُنْقَلْ إنْكارُها ، ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، فإنَّه قد يكونُ له حَقٌّ ، أو يُدَّعَى عليه ، ولا يُحْسِنُ الخُصُومَةَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَوَلَّاها بِنفسِه . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى الإِقْرَارِ . ولأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، لا يجوزُ التَّوْكِيلُ فيه ؛ لأنَّه إخْبارٌ بِحَقٍّ ، فلم يَجُزِ التَّوْكِيلُ فيه ، كالشَّهَادَةِ . ولَنا ، أنَّه إثْباتُ حَقٍّ فى الذِّمَّةِ بالقَوْلِ ، فجازَ التَّوْكِيلُ فيه ، كالبَيْعِ ، وفارَقَ الشَّهَادَةَ ، فإنَّها لا تُثْبِتُ الحَقَّ ، وإنَّما هى[٧] إخْبارٌ بِثُبُوتِه على غيرِه .

١٦٣/٤ظ / **فصل** : ولا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ فى الشَهَادَةِ ؛ لأنَّها تَتَعَلَّقُ بعَيْنِ الشَّاهِدِ[٨] لِكَوْنِها خَبَرًا عما رَآه أو سَمِعَهُ ، ولا يَتَحَقَّقُ هذا المَعْنَى فى نائِبه . فإن اسْتَنَابَ فيها ، كان النَّائِبُ شَاهِدًا على شَهَادَتِه ، لكَوْنِه يُؤَدِّى ما سَمِعَه من شَاهِدِ الأَصْلِ ، وليس وَكِيلًا[٩] . ولا يَصِحُّ فى الأَيْمانِ والنُّذُورِ ؛ لأنَّها تَتَعَلَّقُ بعَيْنِ الحالِفِ والناذِرِ ، فأَشْبَهَتِ العِباداتِ البَدَنِيَّةَ والحُدُودَ . ولا يَصِحُّ فى الإِيلاءِ والقَسَامَةِ واللِّعَانِ ؛ لأنَّها أَيْمَانٌ . ولا فى القَسْمِ بين الزَّوْجاتِ ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ الزَّوْجِ لأَمْرٍ لا يُوجَدُ من غيرِه . ولا فى الرَّضَاعِ ؛ لأنَّه يَخْتَصُّ بالمُرْضِعَةِ والمُرْتَضِعِ ، لأَمْرٍ يَخْتَصُّ بإثْباتِ لَحْمِ المُرْتَضِعِ ، وإنْشَازِ عَظْمِه بِلَبَنِ المُرْضِعَةِ . ولا فى الظِّهَارِ ؛ لأنَّه قَوْلٌ مُنْكَرٌ وزُورٌ ، فلا يجوزُ فِعْلُه ، ولا الاسْتِنَابَةُ فيه . ولا يَصِحُّ فى الغَصْبِ ؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ . ولا فى الجِنَايَاتِ ؛ لذلك . ولا فى كلِّ مُحَرَّمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له فِعْلُه ، فلم يَجُزْ لِنَائِبِه .

فصل : فأمَّا حُقُوقُ الله تعالى فما كان منها حَدًّا كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، جازَ التَّوْكِيلُ

---

(٦) فى اللسان (ق ح م) أنه أبو زيد الكلابى .

(٧) فى ا ، ب ، م : « هو » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « الشهادة » .

(٩) فى الأصل ، ا : « بوكيل » .

فى اسْتِيفَائِه ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « آغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هـٰذَا ، فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » . فغَدَا عليها أُنَيْسٌ ، فاعْتَرَفَتْ ، فأَمَرَ بها فَرُجِمَتْ . مُتَّفَقٌ عليه(١٠) . وأَمَرَ النبىُّ ﷺ بِرَجْمِ ماعِزٍ ، فرَجَمُوهُ(١١) . ووَكَّلَ عُثْمانُ عَلِيًّا فى إقامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ على الوَلِيدِ بن عُقْبَـةَ . وَوَكَّلَ عَلِيٌّ الحَسَنَ فى ذلك ، فأَبَى الحَسَنُ ، فوَكَّلَ عبدَ اللهِ بن جَعْفَرٍ ، فأقَامَهُ ، وعَلِيٌّ يَعُدُّ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ(١٢) . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ؛ لأنَّ الإمامَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّى ذلك بنَفْسِه . ويَجوزُ التَّوْكِيلُ فى إثْباتِها . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يجوزُ فى إثْباتِها . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها تَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ ، وقد أُمِرْنَا بدَرْئِها بها ، والتَّوْكِيلُ يُوصِلُ إلى الإيجابِ . ولَنا ، حَدِيثُ أُنَيْسٍ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ وَكَّلَهُ فى إثْباتِه واسْتِيفائِه جَمِيعًا ، فإنَّه قال : « فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لم يكُنْ ثَبَتَ ، وقد وَكَّلَهُ فى إثْباتِه (١٣واسْتِيفَائِه جَمِيعًا١٣) . ولأنَّ الحاكِمَ إذا اسْتَنابَ ، دَخَلَ فى

---

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب الوكالة فى الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب إذا اصطلحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفى : باب الشروط التى لا تحل فى الحدود ، من كتاب الشروط ، وفى : باب هل يأمر الإمام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه ، من كتاب الحدود ، وفى : باب كيف كان يمين النبى ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفى : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلا وحده للنظر فى الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٣ / ١٣٤ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٨ / ٤٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩ / ٩٤ ، ١١٠ . ومسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفى : باب ما جاء فى الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٣ ، ٢٠٥ . والنسائى ، فى : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٢ . والدارمى ، فى : باب الاعتراف فى الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١١٥ ، ١١٦ .

(١١) أخرجه مسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، فى : باب رجم ماعز بن مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٥٦ - ٤٥٩ . والدارمى ، فى : باب الاعتراف بالزناء ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٦٢ .

(١٢) فى : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣١ ، ١٣٣٢ .

(١٣-١٣) سقط من : الأصل .

ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخلَتْ فى التَّوْكِيلِ بِطَرِيقِ العُمُومِ ، وَجَبَ أن تَدْخُلَ بالتَّخْصِيصِ بها أَوْلَى ، والوَكِيلُ يَقُومُ مُقَامَ المُوَكِّلِ فى دَرْئِها بالشُّبُهاتِ . وأمَّا العِباداتُ ، فما كان منها له تَعَلُّقٌ بالمالِ ، كالزَّكَاةِ والصَّدَقاتِ والمَنْذُورَاتِ والكَفَّارَاتِ ، جَازَ التَّوْكِيلُ فى قَبْضِها وتَفْرِيقِها ، ويجوزُ لِلْمُخْرِجِ التَّوْكِيلُ فى إخْراجِها ودَفْعِها إلى مُسْتَحِقِّها . ويجوزُ أن يقولَ لغيرِه : أَخْرِجْ زَكَاةَ مالِى من مالِكَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ بَعَثَ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقاتِ وتَفْرِيقِها ، وقال لِمُعَاذٍ حين بَعَثَهُ إلى اليَمَنِ : « أَعْلِمْهُم أنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِم ، فتُرَدُّ فِى[14] فُقَرَائِهِم ، فإنْ هُمْ أطَاعُوكَ[15] بِذٰلِكَ ، فإيَّاكَ وكَرَائِمَ أمْوَالِهِم ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ ، فإنَّهُ لَيْسَ بَيْنَها[16] وبَيْنَ اللهِ حِجَابٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[17] . ويجوزُ / التَّوْكِيلُ فى الحَجِّ إذا أَيِسَ المَحْجُوجُ عنه من الحَجِّ بِنَفْسِه ، وكذلك العُمْرَة . ويجوزُ أن يُسْتَنَابَ مَن يَحُجُّ عنه بعدَ المَوْتِ . وأما العِبادَاتُ البَدَنِيَّةُ المَحْضَةُ ، كالصلاةِ والصيامِ والطَّهارَةِ من الحَدَثِ ، فلا يَجوزُ التَّوْكِيلُ فيها ؛ لأنَّها تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ مَن هى عليه ، فلا يَقُومُ غيرُه مَقامَه فيها ، إلَّا أنَّ الصِّيامَ المَنْذُورَ يُفْعَلُ عن المَيِّتِ ، وليس ذلك بتَوْكِيلٍ ؛ لأنَّه لم يُوَكِّلْ فى ذلك ، ولا وَكَّلَ فيه غيرُه . ولا يجوزُ فى الصلاةِ إلَّا فى رَكْعَتَيِ الطَّوَافِ تَبَعًا لِلْحَجِّ . وفى فِعْلِ الصَّلَاةِ المَنْذُورَةِ ، [18]وفى الاعْتِكَافِ[18]

١٦٤/٤و

(١٤) فى الأصل ، م : « على » .

(١٥) فى ا : « أطاعوا لك » .

(١٦) فى الأصل : « بينه » .

(١٧) أخرجه البخارى ، فى : باب وجوب الزكاة ، وباب أخذ الصدقة من الأغنياء وترد فى الفقراء حيث كانوا ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب بعث أبى موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٢ / ١٣٠ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ٥ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ . ومسلم ، فى : باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى زكاة السائمة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١ / ٣٦٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية أخذ خيار المال فى الصدقة ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ١١٦ . والنسائى ، فى : باب وجوب الزكاة ، وباب إخراج الزكاة من بلد إلى بلد ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٣ ، ٤١ . وابن ماجه ، فى : باب فرض الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٦٨ . والدارمى ، فى : باب فى فضل الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٣٣ .

(١٨-١٨) فى الأصل : « والاعتكاف » .

المَنْذُورِ عن المَيِّتِ رِوَايَتانِ . ولا تَجوزُ الاسْتِنَابَةُ فى الطَّهَارَةِ ، إلَّا فى صَبِّ الماءِ ، وإيصالِ الماءِ (١٩) إلى الأعْضاءِ (١٩) ، وفى تَطْهِيرِ النَّجاسَةِ عن البَدَنِ والثَّوْبِ وغيرِهما .

فصل : وكُلُّ ما جازَ التَّوْكِيلُ فيه ، جازَ اسْتِيفَاؤُه فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهذا مذهبُ مالِكٍ . وقال بعضُ أصْحابِنَا : لا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ وحَدِّ القَذْفِ فى غَيْبَةِ المُوَكِّلِ . أَوْمَأَ إليه أحمدُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ وبعضِ الشّافِعِيّةِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَعْفُوَ المُوَكِّلُ فى حَالَةِ غَيْبَتِه ، فيَسْقُطَ ؛ وهذا الاحْتِمالُ شُبْهَةٌ تَمْنَعُ الاسْتِيفاءَ . ولأنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ إليه ، فإذا حَضَرَ ، احْتَمَلَ أن يَرْحَمَهُ فيَعْفُوَ . والأَوَّلُ ظَاهِرُ المذهبِ ؛ لأنَّ ما جازَ اسْتِيفَاؤُه فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ ، جازَ فى غَيْبَتِه ، كالحُدُودِ وسائِرِ الحُقُوقِ ، واحْتِمَالُ العَفْوِ بَعِيدٌ . والظاهِرُ أنَّه لو عَفَا لبَعَثَ وأعْلَمَ وَكِيلَه بعَفْوِه ، والأَصْلُ عَدَمُه ، فلا يُؤَثِّرُ ، ألا تَرَى أنَّ قُضاةَ رسولِ اللهِ ﷺ كانوا يَحْكُمُونَ فى البِلَادِ ، ويُقِيمُونَ الحُدُودَ التى تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، مع احْتِمالِ النَّسْخِ ؟ وكذلك لا يُحْتَاطُ فى اسْتِيفَاءِ الحُدُودِ بإحْضَارِ الشُّهُودِ ، مع احْتِمالِ رُجُوعِهم عن الشَّهَادَةِ ، أو تَغَيُّرِ اجْتِهادِ الحاكِمِ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَكَالَةُ إلَّا بالإِيجابِ والقَبُولِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ تَعَلَّقَ به حَقُّ كلِّ واحِدٍ منهما ، فافْتَقَرَ إلى الإِيجابِ والقَبُولِ ، كالبَيْعِ . ويجوزُ الإِيجابُ بكلِّ لَفْظٍ دَلَّ على الإِذْنِ ، نحو أن يَأْمُرَهُ بِفِعْلِ شىءٍ ، أو يقولَ : أَذِنْتُ لك فى فِعْلِه . فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ وَكَّلَ عُرْوَةَ بن الجَعْدِ فى شِرَاءِ شاةٍ بِلَفْظِ الشِّراءِ (٢٠) ، وقال اللهُ تعالى ، مُخْبِرًا عن أَهْلِ الكَهْفِ أنَّهم قالُوا : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَـٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ ﴾ (٢١) . ولأنَّه لَفْظٌ دَالٌّ على الإِذْنِ ، فجَرَى مَجْرَى قولِه : وَكَّلْتُكَ . ويجوزُ القَبُولُ بِقَوْلِه : قَبِلْتُ . وكُلِّ لَفْظٍ دَلَّ عليه . ويجوزُ بكلِّ فِعْلٍ دَلَّ على القَبُولِ ، نحو أن

(١٩ - ١٩) فى م : « للأعضاء » .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٩٥ .

(٢١) سورة الكهف ١٩ .

يَفْعَلَ ما أَمَرَهُ بِفِعْلِه ؛ لأنّ الذين وَكَّلَهُم النَّبِىُّ ﷺ لم يُنْقَلْ عنهم سِوَى امْتِثَال أَمْرِه . ولأنَّه إِذْنٌ فى التَّصَرُّف ، فجازَ القَبُولُ فيه بالفِعْلِ ، كأَكْلِ الطَّعَامِ . ويجوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّرَاخِى ، نحو أن يَبْلُغَهُ أن رَجُلًا وَكَّلَهُ / فى بَيْعِ شىءٍ منذ سَنَةٍ ، فيَبِيعَه . أو يقولَ : قَبِلْتُ . أو يَأْمُره بفِعْلِ شَىءٍ ، فيَفْعَلُه بعد مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ ؛ لأَنَّ قَبُولَ وُكَلاءِ النَّبِىِّ ﷺ لوَكَالَتِه كان بفِعْلِهِم ، وكان مُتَرَاخِيًا عن تَوْكِيلِه إيَّاهم . ولأنَّه إِذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، والإِذْنُ قائِمٌ ، ما لم يَرْجِعْ عنه ، فأشْبَه الإِبَاحَةَ . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

١٦٤/٤ ظ

فصل : ويجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، نحو قوله : إذا قَدِمَ الحاجُّ فَبِعْ هذا الطَّعَامَ . وإذا جَاءَ الشِّتَاءُ فاشْتَرِ لنا فَحْمًا . وإذا جاءَ الأَضْحَى فاشْتَرِ لنا أُضْحِيَّةً . وإذا طَلَبَ منك أَهْلِى شَيْئًا فَادْفَعْهُ إليهم . وإذا دَخَلَ رَمَضَانُ فقد وَكَّلْتُكَ فى كذا[22] ، أو فأنتَ وَكِيلِى . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ، لكن إن تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لِوُجُودِ الإِذْنِ ، وإن كان وَكِيلًا بِجُعْلٍ فَسَدَ المُسَمَّى ، وله أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ يَمْلِكُ به التَّصَرُّفَ فى الحيَاةِ ، فأَشْبَه البَيْعَ . ولَنا ، أَنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « أَمِيرُكُم زَيْدٌ ، فإن قُتِلَ فجَعْفَرٌ ، فإن قُتِلَ فعبدُ اللهِ بنُ رَوَاحَةَ »[23] . وهذا فى مَعْناه . ولأنَّه عَقْدٌ اعْتُبِرَ فى حَقِّ الوَكِيلِ[24] حُكْمُهُ ، وهو إِبَاحَةُ التَّصَرُّفِ وصِحَّتُه ، فكان صَحِيحًا ، كما لو قال : أنْتَ وَكِيلِى فى بَيْعِ عَبْدِى إذا قَدِمَ الحاجُّ . ولأنَّه لو قال : وَكَّلْتُكَ فى شِرَاءِ كذا ، فى وَقْتِ كذا . صَحَّ بلا خِلَافٍ ، ومَحلُّ النِّزَاعِ فى مَعْناه . ولأنَّه إِذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، أَشْبَهَ الوَصِيَّةَ والتَّأْمِيرَ . ولأنَّه عَقْدٌ يَصِحُّ بغيرِ جُعْلٍ ، ولا يَخْتَصُّ فاعِلُه بكَوْنِه من أَهْلِ القُرْبَةِ ، فصَحَّ بالجُعْلِ ، كالتَّوْكِيلِ الناجِزِ .

فصل : ويجوزُ التَّوْكِيلُ بِجُعْلٍ وبغيرِ[25] جُعْلٍ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ وَكَّلَ أُنَيْسًا فى إقَامَةِ

---

(٢٢) فى م : « هذا » .

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥ / ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٥ / ٣٠٠ .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) فى ا ، ب ، م : « وغير » .

الحَدِّ[٢٦] ، وعُرْوَةَ فى شِرَاءِ شاةٍ[٢٧] ، وعَمْرًا وأبا رَافِعٍ فى قَبُولِ النِّكَاحِ بغير جُعْلٍ[٢٨] . وكان يَبْعَثُ عُمَّالَه لِقَبْضِ الصَّدَقاتِ ، ويَجْعَلُ لهم عُمَالَةً . ولهذا قال له ابْنَا عَمِّه : لو بَعَثْتَنا على هذه الصَّدَقَاتِ ، فنُؤَدِّى إليك ما يُؤَدِّى الناسُ ، ونُصِيبُ ما يُصِيبُه الناسُ[٢٩] ؟ يَعنِيانِ العُمالَةَ . فإن كانت بِجُعْلٍ ، اسْتَحَقَّ الوَكِيلُ الجُعْلَ بِتَسْلِيمِ ما وُكِّلَ فيه إلى المُوَكِّلِ ، إن كان ممَّا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه ، كثَوْبٍ يَنْسِجُه أو يَقْصِرُه أو يَخِيطُه ، فمتى سَلَّمَهُ إلى المُوَكِّلِ مَعْمُولًا فله الأَجْرُ . وإن كان الخَيَّاطُ فى دارِ المُوَكِّلِ ، فكُلَّما عَمِلَ شيئا وَقَعَ مَقْبُوضًا ، فيَسْتَحِقُّ الوَكِيلُ الجُعْلَ إذا فَرَغَ الخَيَّاطُ من الخِيَاطَةِ . وإن وُكِّلَ فى بَيْعٍ أو شِرَاءٍ أو حَجٍّ ، اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إذا عَمِلَهُ . وإن لم يَقْبِضِ الثمَنَ فى البَيْعِ . وإن قال : إذا بِعْتَ الثَّوْبَ ، وقَبَضْتَ ثَمَنَهُ ، وسَلَّمْتَهُ إلَىَّ ، فلك الأَجْرُ . لم يَسْتَحِقّ منها شيئا حتى يُسَلِّمَهُ إليه ، فإن فاتَه التَّسْلِيمُ لم يَسْتَحِقَّ شيئا ؛ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ .

١٦٥/٤و

فصل : ولا تَصِحُّ الوَكَالَةُ إلَّا فى تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . /فإن قال : وَكَّلْتُكَ فى كلِّ شىءٍ . أو فى كلِّ قَلِيلٍ وكَثِيرٍ . أو فى كلِّ تَصَرُّفٍ يجوزُ لى . أو فى كلِّ ما لِىَ التَّصَرُّفُ فيه . لم يَصِحَّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : يَصِحُّ ، ويَمْلِكُ به كلَّ ما تَنَاوَلَهُ لَفْظُه ؛ لأنَّه لَفْظٌ عامٌّ ، فصَحَّ فيما يَتَنَاوَلُه ، كما لو قال : بِعْ مالِى كُلَّه . ولَنا ، أنَّ فى هذا غَرَرًا عَظِيمًا ، وخَطَرًا كَبِيرًا ؛ لأنَّه تَدْخُلُ فيه هِبَةُ مالِه ، وطَلَاقُ نِسَائِـه[٣٠] ، وإعْتَاقُ رَقِيقِه ، وتَزَوُّجُ نِسَاءٍ كَثِيرٍ[٣١] . ويَلْزَمُه المُهُورُ الكَثِيرَةُ ، والأَثْمانُ العَظِيمَةُ ، فيَعْظُمُ الضَّرَرُ . وإن قال : اشْتَرِ لى ما شِئْتَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يَشْتَرِى مالا يَقْدِرُ على ثَمَنِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، ما يَدُلُّ على صِحَّتِه ؛ لِقَوْلِه فى رَجُلَيْنِ ، قال كلُّ واحِدٍ

---

(٢٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٢ .

(٢٧) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٩٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٧ .

(٢٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٣ .

(٣٠) فى ب : « زوجاته » .

(٣١) فى ب ، م : « كثيرة » .

منهما لِصَاحِبِه : ما اشْتَرَيْتَ من شيءٍ فهو بيننا : إنَّه جائِزٌ . وأَعْجَبَهُ . ولأَنَّ الشَّرِيكَ والمُضَارِبَ وَكِيلَانِ فى شِرَاءِ ما شاءَ . فعلى هذا ليس له أن يَشْتَرِىَ إلَّا بِثَمَنِ المِثْلِ فما دُون ، ولا يَشْتَرِىَ مالا يَقْدِرُ المُوَكِّلُ على ثَمَنِه ، ولا ما لا يَرَى المَصْلَحَةَ له فى شِرَائِه . وإن قال : بِعْ مالِى كلَّه ، واقْبِضْ دُيُونِى كلَّها . صَحَّ ؛ لأنَّه قد يَعْرِفُ مالَه ودُيُونَهُ . وإن قال : بِعْ ما شِئْتَ من مَالِى ، واقْبِضْ ما شِئْتَ من دُيُونِى . جازَ ؛ لأنَّه إذا جازَ التَّوْكِيلُ فى الجَمِيعِ ، ففى بعضِه أوْلَى . وإن قال : اقْبِضْ دَيْنِى كلَّه ، وما يَتَجَدَّدُ فى المُسْتَقْبَلِ . صَحَّ . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : إذا قال : بِعْ ما شِئْتَ من مالِى . لم يَجُزْ . وإن قال : مِنْ عَبِيدِى . جازَ ؛ لأنَّه مَحْصُورٌ بالجِنْسِ . ولَنا ، أنَّ ما جازَ التَّوْكِيلُ فى جَمِيعِه ، جازَ فى بعضِه ، كعَبِيدِه[٣٢] . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا تُرْكِيًّا ، أو ثَوْبًا هَرَوِيًّا . صَحَّ . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا ، أو قال ثَوْبًا . ولم يَذْكُرْ جِنْسَه ، صَحَّ أيضا . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ ، لأنَّه مَجْهُولٌ . ولَنا ، أنَّه تَوْكِيلٌ فى شِرَاءِ عَبْدٍ ، فلم يُشْتَرَطْ ذِكْرُ نَوْعِه ، كالقِرَاضِ . ولا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ قَدْرِ الثَّمَنِ . ذَكَرَه القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ قَدْرَ الثمَنِ . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأن العَبِيدَ تَتَفاوَتُ من الجِنْسِ الواحِدِ ، وإنما تَتَمَيَّزُ بالثَّمَنِ . ولَنا ، أنَّه إذا ذَكَرَ نَوْعًا ، فقد أَذِنَ فى أعْلاهُ ثَمَنًا ، فيَقِلُّ الغَرَرُ ، ولأَنَّ تَقْدِيرَ الثَّمنِ يَضُرُّ ، فإنَّه قد لا يَجِدُ بِقَدْرِ الثَّمنِ . ومن اعْتَبَرَ ذِكْرَ الثَّمنِ ، جَوَّزَ أن يَذْكُرَ له أكثَرَ الثَّمنِ وأَقَلَّهُ .

فصل : وإذا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فى تَصَرُّفٍ ، وجَعَلَ لكلِّ واحِدٍ الانْفِرَادَ بالتَّصَرُّفِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ له فيه[٣٣] . فإن لم يَجْعَلْ له ذلك ، فليس لأَحَدِهما الانْفِرَادُ به ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى ذلك ، وإنَّما يجوزُ له ما أَذِنَ فيه مُوَكِّلُه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وإن وَكَّلَهُما فى حِفْظِ مالِه ، حَفِظَاهُ معا فى حِرْزٍ لهما ؛ لأَنَّ قولَه : افْعَلَا كذا .

---

(٣٢) فى ب ، م : « كعبده » .

(٣٣) فى ا : « فى التصرف » .

يَقْتَضِى اجْتِمَاعَهُما على فِعْلِه ، وهو ممَّا يُمْكِنُ ، فتَعَلَّق بهما . وفارَقَ هذا قولَه : بِعْتُكُما . حيث كان منْقَسِمًا بينهما ؛ لأنَّه / لا يُمْكِنُ كونُ المِلْكِ لهما على الاجْتِماعِ ، فانْقَسَمَ بينهما . فإن غابَ أحدُ الوَكِيلَيْنِ ، لم يكُنْ للآخَرِ أن يَتصرَّفَ ، ولا لِلْحاكِمِ ضَمُّ أَمِينٍ إليه لِيَتَصرَّفا ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ رَشِيدٌ جائِزُ التَّصرُّفِ ، لا وِلايَةَ لِلْحاكِمِ عليه ، فلا يَضُمُّ الحاكِمُ وَكِيلًا له بغيرِ أمْرِه . وفارَقَ ما لو ماتَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ ، حيث يُضِيفُ الحاكِمُ إلى الوَصِىِّ أمِينًا لِيَتَصَرَّفا[٣٤] ؛ لِكَوْنِ الحاكِم له النَّظَرُ فى حَقِّ المَيِّتِ واليَتِيمِ ، ولهذا لو لم يُوصِ إلى أحَدٍ ، أقَامَ الحاكِمُ أمِينًا فى النَّظَرِ لِلْيَتِيمِ . وإن حَضَرَ الحاكِمَ أحَدُ الوَكِيلَيْنِ ، والآخَرُ غائِبٌ ، وادَّعَى الوَكالَةَ لهما ، وأقَامَ بَيِّنَةً سَمِعَها الحاكِمُ ، وحَكَمَ بِثُبُوتِ الوَكَالَةِ لهما ، ولم يَمْلِك الحاضِرُ التَّصرُّفَ وَحْدَه ، فإذا حَضَرَ الآخَرُ[٣٥] تَصرَّفَا معا ، ولا يَحْتاجُ إلى إعادَةِ البَيِّنَةِ ؛ لأنَّ الحاكِمَ سَمِعَها لهما مَرَّةً . فإن قِيل : هذا حُكْمٌ للغائِبِ . قُلْنا : يجوزُ تَبَعًا لِحَقِّ الحاضِرِ ، كما يجوزُ أن يَحْكُمَ بالوَقْفِ الذى يَثْبُتُ لمن لم يُخْلَقْ لأَجْلِ من يَسْتَحِقُّه فى الحالِ ، كذا هٰهُنا . وإن جَحَدَ الغائِبُ الوَكالةَ ، أو عَزَلَ نَفْسَه ، لم يكُنْ للآخَرِ أن يَتصرَّفَ . وبما ذَكَرْناه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وجَمِيعُ التَّصرُّفاتِ فى هذا سَوَاءٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا وَكَّلَهما فى خُصُومَةٍ ، فلكلٍّ واحد منهما الانْفِرَادُ بها . ولَنا ، أنَّه لم يَرْضَ بتَصرُّفِ أحَدِهما ، أشْبَه البَيْعَ والشِّرَاءَ .

٤/١٦٥ ظ

٨٤١ ــ مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ فِيهِ ، إلَّا أنْ يَجْعَلَ ذٰلِكَ إلَيْهِ)

لا يَخْلُو التَّوْكِيلُ من ثلاثةِ أحْوالٍ :

أحدُها ، أن يَنْهَى المُوَكِّلُ وَكِيلَه عن التَّوْكِيلِ ، فلا يجوزُ له ذلك بغيرِ خِلَافٍ ، لأنَّ

(٣٤) فى ا ، ب ، م : « ليتصرف » .
(٣٥) سقط من : ب .

ما نَهاهُ عنه غيرُ داخِلٍ فى إذْنِه . فلم يَجُزْ له[1] ، كما لو لم يُوَكِّلْهُ .

الثانى ، أَذِنَ له فى التَّوْكِيلِ ، فيجوزُ له ذلك ؛ لأنَّه عَقْدٌ أذِنَ له فيه ، فكان له فِعْلُه ، كالتَّصَرُّفِ المَأْذُونِ له[2] فيه . ولا نَعْلَمُ فى هٰذَيْنِ خِلَافًا . وإن قال له : وَكَّلْتُكَ فاصْنَعْ ما شِئْتَ . فله أن يُوَكِّلَ . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : ليس له التَّوْكِيلُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يَقْتَضِى تَصرُّفًا يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِه ، وقولُه : اصْنَعْ ما شِئْتَ . يَرْجِعُ إلى ما يَقْتَضِيه التَّوْكِيلُ من تَصرُّفِه بِنَفْسِه . ولَنا ، أنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فيما شاءَ ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِه التَّوْكِيلُ .

الثالث ، أَطْلَقَ الوَكَالَةَ ، فلا يَخْلُو من أَقْسامٍ ثلاثةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ العَمَلُ ممَّا يَرْتَفِعُ الوَكِيلُ عن مِثْلِه ، كالأَعْمالِ الدَّنِيَّةِ[3] فى حَقِّ [4]أَشْرافِ الناسِ[4] المُرْتَفِعِينَ عن فِعْلِها فى العادَةِ ، أو يَعْجِزُ عن عَمَلِه لكَوْنِه لا يُحْسِنُه ، أو غير ذلك ، فإنَّه يجوزُ له التَّوْكِيلُ فيه ؛ لأنَّه إذا كان مما لا يعْمَلُه[5] الوَكِيلُ عادَةً ، انْصَرَفَ الإذْنُ إلى ما جَرَتْ به العادَةُ من الاسْتِنَابَةِ فيه . القسم الثانى ، أن يكونَ ممَّا يَعْمَلُه بِنَفْسِه ، إلَّا أنَّه يَعْجِزُ عن عَمَلِه كلِّه[6] ؛ لِكَثْرَتِه وانْتِشَارِه ، فيجُوزُ له التَّوْكِيلُ فى عَمَلِه أيضا ؛ لأنَّ الوَكَالةَ اقْتَضَتْ جَوازَ التَّوْكِيلِ ، فجازَ التَّوْكِيلُ فى فِعْلِ جَمِيعِه ، كما لو أَذِنَ فى التَّوْكِيلِ بلَفْظِه . وقال القاضِى : عِنْدِى أنَّه إنَّما له التَّوْكِيلُ فيما زادَ على ما يَتَمَكَّنُ من عَمَلِه / بِنَفْسِه ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ إنَّما جازَ لِلْحاجَةِ ، فاخْتَصَّ ما دَعَتْ إليه الحاجَةُ ، بِخِلَافِ وُجُودِ إذْنِه ، فإنَّه مُطْلَقٌ . ولأَصْحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ . القِسْمُ الثالِث : ماعدا هٰذَيْنِ

١٦٦/٤ و

(١) سقط من : ب ، م .
(٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(٣) فى ا : « البدنية » .
(٤ – ٤) فى الأصل : « الأشراف من الناس » .
(٥) فى م : « يعلمه » .
(٦) سقط من : ب .

القِسْمَيْنِ ، وهو ما يُمْكِنُه عَمَلُه بنَفسِه ، ولا يَترَفَّعُ[7] عنه ، فهل يجوزُ له التَّوْكِيلُ فيه ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يجوزُ . نَقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وأبى يوسُفَ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى التَّوْكِيلِ ، ولا تَضَمَّنَهُ إذْنُه ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهَاهُ ، ولأنَّه اسْتِئْمانٌ فيما يُمْكِنُه النُّهُوضُ فيه ، فلم يكُنْ له أن يُوَلِّيَهُ مَن[8] لم يَأْمَنْه عليه ، كالوَدِيعَةِ . والأُخْرَى ، يجوزُ . نَقَلَها حَنْبَلٌ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، إذا مَرِضَ أو غابَ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ له أن يَتصرَّفَ بنَفْسِه ، فمَلَكَهُ نِيابَةً كالمالِكِ . والأوَّلُ أوْلَى . ولا يُشْبِهُ الوَكِيلُ المالِكَ ؛ فإنَّ المالِكَ يَتصرَّفُ بنَفسِه[9] فى مِلْكِه كيف شاءَ ، بخِلَافِ الوَكِيلِ .

فصل : وكلُّ وَكِيلٍ جازَ له التَّوْكِيلُ ، فليس له أن يُوَكِّلَ إلَّا أمِينًا ؛ لأنَّه لا نَظَرَ لِلْمُوَكِّلِ فى تَوْكِيلِ مَن ليس بأَمِينٍ ، فيُقَيَّدُ جَوازُ التَّوْكِيلِ بما فيه الحَظُّ والنَّظَرُ ، كما أنَّ الإذْنَ فى البَيْعِ يَتقَيَّدُ بالبَيْعِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، إلَّا أن يُعَيِّنَ له المُوَكِّلُ من يُوَكِّلُه ، فيجوزُ تَوْكِيلُه ، وإن لم يكُنْ أمِينًا ؛ لأنَّه قَطَعَ نَظَرَهُ بتَعْيِينِه . وإن وكَّلَ أمِينًا ، وصارَ خائِنًا ، فعليه عَزْلُه ؛ لأنَّ تَرْكَهُ يَتصَرَّفُ مع الخِيَانَةِ تَضْيِيعٌ وتَفْرِيطٌ ، والوَكَالَةُ تَقْتَضِى اسْتِئْمانَ أمِينٍ ، وهذا ليس بأَمِينٍ ، فوَجَبَ عَزْلُه .

فصل : والحُكْمُ فى الوَصِىِّ يُوَكِّلُ فيما أُوصِىَ به إليه ، وفى الحاكِمِ يُوَلِّى القَضاءَ فى ناحِيَةٍ يَسْتَنِيبُ غيرَه ، حُكْمُ الوَكِيلِ فيما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ ، إلَّا أنَّ المَنْصُوصَ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، جَوازُ ذلك . وهو قولُ الشّافِعِىِّ فى الوَصِىِّ ؛ لأنَّ الوَصِىَّ يَتصَرَّفُ بوِلَايةٍ ، بدَلِيلِ أنَّه يَتصَرَّفُ فيما لم يُنَصَّ له على التَّصَرُّفِ فيه ، والوَكِيلُ لا يَتصَرَّفُ إلَّا فيما نُصَّ له عليه . والجَمْعُ بينهما أوْلَى ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى مالِ غيرِه بالإذْنِ ، فأشْبَه الوَكِيلَ ، وإنما يَتصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْهُ الوَصِيَّةُ ، كالوَكِيلِ إنَّما يَتصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْهُ الوَكَالَةُ .

---

(٧) فى ا : « يرتفع » .

(٨) فى ب ، م : « لمن » .

(٩) سقط من : الأصل ، ا .

فصل : فأمَّا الوَلِيُّ فى النِّكاحِ ، فله التَّوْكِيلُ فى تَزْوِيجِ مُولِّيَتِه بغيرِ إِذْنِها ، أبًا كان أو غيره . وقال القاضى فى مَن وِلَايَتُه غير وِلَايةِ الإجْبَارِ : هو كالوَكِيلِ ، يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ المَنْصُوصِ عليهما فى الوَكِيلِ . ولأصْحابِ الشّافِعِىِّ فيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهُما ، لا يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ إلَّا[10] بإذْنِها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّزْوِيجَ إلَّا بإذْنِها ، أشْبَه الوَكِيلَ . ولَنا ، أنَّ وِلَايَتَهُ من غيرِ جِهَتِها ، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُها فى تَوْكِيلِه فيها ، كالأبِ ، بخِلَافِ الوَكِيلِ ، ولأنَّه يَتَصرَّفُ[11] بِحُكْمِ الوِلَايةِ الشَّرْعِيَّة ، أشْبَهَ الحاكِمَ ، ولأنَّ الحاكِمَ يَمْلِكُ تَفْوِيضَ عُقُودِ الأنْكِحَةِ إلى غيرِه بغيرِ إذْنِ النِّسَاءِ ، فكذلك الوَلِىُّ . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بالحاكِمِ . والذى يُعْتَبَرُ إذْنُها فيه هو غيرُ ما يُوَكِّلُ فيه ، بِدَلِيلِ أنَّ الوَكِيلَ لا يَسْتَغْنِى عن إذْنِها له فى التَّزْوِيجِ أيضا ، فهو كالمُوَكِّلِ فى ذلك .

4/166ظ **فصل** : إذا أُذِنَ المُوَكِّلُ / فى التَّوْكِيلِ ، فوَكَّلَ ، كان[12] الوَكِيلُ الثانى وَكِيلًا لِلْمُوَكِّلِ[13] ، لا يَنْعَزِلُ بمَوْتِ الوَكِيلِ الأوَّلِ ، ولا عَزْلِه ، ولا يَمْلِكُ الأوَّلُ عَزْلَ الثانى ؛ لأنَّه ليس بوَكِيلِه . وإن أُذِنَ له أن يُوَكِّلَ لِنَفْسِه ، جازَ ، وكان وَكِيلًا لِلمُوَكِّلِ[14] يَنْعَزِلُ بمَوْتِه وعَزْلِه إيَّاه ، وإن ماتَ المُوَكِّلُ ، أو عُزِلَ الأوَّلُ ، انْعَزَلَا جميعا ؛ لأنَّهما فَرْعانِ له ، لكنَّ أحَدَهما فَرْعٌ للآخَرِ ، فذَهَبَ حُكْمُهما بذَهابِ أصْلِهما . وإن وَكَّلَ من غيرِ أن يُؤْذَنَ له فى التَّوْكِيلِ نُطْقًا ، بل وُجِدَ عُرْفًا ، أو على الرِّوَايةِ التى أجَزْنَا له التَّوْكِيلَ من غيرِ إذْنٍ ، فالثانى وَكِيلُ الوَكِيلِ الأوَّلِ ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو أُذِنَ له أن يُوَكِّلَ لِنَفْسِه .

---

(10) فى الأصل : « بغير » .
(11) فى الأصل : « متصرف » .
(12) سقط من : الأصل .
(13) فى م زيادة : « لأنه » .
(14) فى الأصل : « للوكيل » .

فصل : إذا وَكَّلَ رَجُلًا فى الخُصُومةِ ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه على مُوَكِّلِه بِقَبْضِ الحَقِّ[١٥] ولا غيرِه . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : يُقْبَلُ إقْرَارُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ ، فيما عدا الحُدُودَ والقِصَاصَ . وقال أبو يوسُفَ : يُقْبَلُ إقْرَارُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ وغيرِه ؛ لأنَّ[١٦] الإقْرارَ أحَدُ جَوابَىِ الدَّعْوَى ، فصَحَّ من الوَكِيلِ ، كالإنْكارِ . ولَنا ، أنَّ الإقْرارَ مَعْنًى يَقْطَعُ الخُصُومةَ [١٧]ويُنَافِيها ، فلا يَمْلِكُه الوَكِيلُ فيها ، كالإبْراءِ . وفارَقَ الإنْكارَ ؛ فإنَّه لا يَقْطَعُ الخُصُومَةَ[١٧] ، ويَمْلِكُه فى الحُدُودِ والقِصَاصِ ، وفى غيرِ مَجْلِسِ الحاكِمِ . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ الإنْكارَ على وَجْهٍ يَمْنَعُ المُوَكِّلَ من الإقْرارِ ، فلو مَلَكَ الإقْرارَ ، لَامْتَنَعَ على المُوَكِّلِ الإنْكارُ ، فافْتَرَقَا ، ولا يَمْلِكُ المُصَالَحةَ عن الحَقِّ ، ولا الإبْرَاءَ منه ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ الإذْنَ فى الخُصُومةِ لا يَقْتَضِى شيئا من ذلك . وإن أَذِنَ له فى تَثْبِيتِ حَقٍّ ، لم يَمْلِكْ قَبْضَهُ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُ قَبْضَه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ من التَّثْبِيتِ قَبْضُه وتَحْصِيلُه . ولَنا ، أن القَبْضَ لا يَتَنَاوَلُه الإذْنُ نُطْقًا ولا عُرْفًا ، إذْ ليس كلُّ من يَرْضَاهُ لِتَثْبِيتِ الحَقِّ يَرْضَاهُ لِقَبْضِه . وإن وَكَّلَهُ فى قَبْضِ حَقٍّ ، فجَحَدَ مَن عليه الحَقُّ ، كان وَكِيلًا فى تَثْبِيتِه عليه ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . [١٧]وبه قال أبو حنيفةَ . والآخر : ليس له ذلك . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ[١٧] لأَصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما مَعْنَيانِ مُخْتَلِفانِ ، فالوَكِيلُ فى أحدِهما لا يكونُ وَكِيلًا فى الآخرِ ، كما لا يكونُ وَكِيلًا فى القَبْضِ بالتَّوْكِيلِ فى الخُصُومَةِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه لا يَتَوصَّلُ إلى القَبْضِ إلَّا بالتَّثْبِيتِ ؛ فكان إذْنًا فيه عُرْفًا ، ولأنَّ القَبْضَ لا يَتِمُّ إلَّا به ، فمَلَكَهُ ، كما لو وكَّلَ فى شِرَاءِ شىءٍ مَلَكَ وَزْنَ ثَمَنِه ، أو فى بَيْعِ شىءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن كان المُوَكِّلُ عالِمًا بِجَحْدِ مَن عليه الحَقُّ أو مَطْلِهِ ، كان تَوْكِيلًا فى تَثْبِيتِه

---

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى ب ، م : « ولأن » .

(١٧-١٧) سقط من : ب .

والخُصُومَةِ فيه ، لِعِلْمِه بوُقُوفِ القَبْضِ عليه . وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، لم يكُنْ تَوْكِيلًا فيه ؛ لِعَدَمِ عِلْمِه بتَوَقُّفِ القَبْضِ عليه . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الحَقِّ عَيْنًا أو دَيْنًا . وقال بعضُ أصْحابِ أبى حنيفةَ : إن وَكَّلَهُ فى قَبْضِ عَيْنٍ لم يَمْلِكْ تَثْبِيتَها ؛ لأنَّه وَكِيلٌ فى نَقْلِها، أشْبَهَ الوَكِيلَ فى نَقْلِ الزَّوْجةِ . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ فى قَبْضِ حَقٍّ / ، فأشْبَه الوَكِيلَ فى قَبْضِ الدَّيْنِ . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بالتَّوْكِيلِ فى قَبْضِ الدَّيْنِ ؛ فإنَّه وَكِيلٌ فى قَبْضِه ونَقْلِه إليه . ٤/١٦٧و

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ شَىْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ؛ لأنَّ إطْلاقَ التَّوْكِيلِ فى البَيْعِ يَقْتَضِى التَّسْلِيمَ ، لكَوْنِه من تَمَامِه ، ولم يَمْلِكِ الإِبْرَاءَ من ثَمَنِه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُه . ولَنا ، أنَّ الإِبراءَ ليس من البَيْعِ ، ولا من تَتِمَّتِه ، فلا يكون التَّوْكِيلُ فى البَيْعِ تَوْكِيلًا فيه ، كالإِبراءِ من غير ثَمَنِه . وأما قَبْضُ الثَّمَنِ ، فقال القاضى وأبو الخَطَّابِ : لا يَمْلِكُه[18] . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه قد يُوَكِّلُ فى البَيْعِ مَن لا يَأْمَنُه على قَبْضِ الثمَنِ . فعلى هذا إن تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ من المُشْتَرِى ، لم يَلْزَمِ الوَكِيلَ شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه من مُوجِبِ البَيْعِ ، فمَلَكَهُ الوَكِيلُ فيه ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ . فعلى هذا ليس له تَسْلِيمُ المَبِيعِ إلَّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ أو حُضُورِه . وإن سَلَّمَهُ قبل قَبْضِ ثمَنِه ضَمِنَهُ . والأَوْلَى أن يَنْظُرَ فيه ، فإن دَلَّتْ قَرِينَةُ الحالِ على قَبْضِ الثَّمَنِ ، مثل تَوْكِيلِه فى بَيْعِ ثَوْبٍ فى سُوقٍ غائِبٍ عن المُوَكِّلِ ، أو مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثمَنُ بتَرْكِ قَبْضِ الوَكِيلِ له ، كان إذْنًا فى قَبْضِه . ومتى تَرَكَ قَبْضَهُ كان ضَامِنًا له ؛ لأنَّ ظاهِرَ حالِ المُوَكِّلِ أنَّه إنَّما أمَرَهُ بالبَيْعِ لِتَحْصِيلِ ثَمَنِه ، فلا يَرْضَى بِتَضْيِيعِه ، ولهذا يُعَدُّ من فَعَلَ ذلك مُضَيِّعًا مُفَرِّطًا . وإن لم تَدُلَّ القَرِينَةُ على ذلك ، لم يكُنْ له قَبْضُهُ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ شىءٍ ، أو طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، أو قَسْمِ شىءٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَمْلِكُ تَثْبِيتَه . وهو قولُ أبى حنيفةَ فى القِسْمَةِ وطَلَبِ الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه لا يَتَوَصَّلُ إلى ما وَكَّلَهُ فيه إلَّا بِالتَّثْبِيتِ . والثانى ، لا يَمْلِكُه . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛

(١٨) فى م : « يمكن » .

لأنّه يُمْكِنُ أحَدُهما دون الآخرِ ، فلم يَتضَمَّن الإِذْنُ فى أحَدِهما الإِذْنَ فى الآخَرِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى شِراءِ شَىءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَ ثَمَنِه ؛ لأنَّه مِن تَتِمَّتِه وحُقُوقِه ، فهو كتَسْلِيمِ المَبِيعِ فى البَيْعِ . والحُكْمُ فى قَبْضِ المَبِيعِ كالحُكْمِ فى قَبْضِ الثمَنِ فى المَبِيعِ ، على ما مَضَى مِن القولِ فيه . فإن اشْتَرَى عَبْدًا ، ونَقَدَ ثَمَنَهُ ، فخَرَجَ العَبْدُ مُسْتَحقًّا ؛ فهل يَمْلِكُ أن يُخَاصِمَ البائِعَ فى الثَّمنِ ؟ على وَجْهَيْنِ . فإن اشْتَرَى شيئا ، وقَبَضَهُ ، وأخَّرَ تَسْلِيمَ الثمَنِ لغيرِ عُذْرٍ ، فهَلَكَ فى يَدِه ، فهو ضامِنٌ له . وإن كان له عُذْرٌ ، مثل أن ذَهَبَ لِيَنْقُدَهُ فهَلَكَ ، أو نحو ذلك ، فلا ضَمَانَ عليه . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه مُفرِّطٌ فى إمْساكِه[19] فى الصُّورَةِ الأُولَى دون الثانِيةِ ، فلذلك لَزِمَهُ الضَّمانُ ، بخِلَافِ ما إذا لم يُفرِّطْ .

فصل : وإذا وَكَّلَهُ فى قَبْضِ دَيْنٍ من رَجُلٍ ، فماتَ ، نَظَرْتَ فى لَفْظِه ؛ فإن قال : اقْبِضْ حَقِّى من فُلَانٍ . لم يكُنْ له قَبْضُه من وارِثِه ؛ لأنَّه لم يُؤْمَرْ بذلك . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذى قِبَلَ فُلَانٍ . أو على فُلَانٍ . فله مُطَالَبَةُ وارِثِه والقَبْضُ ؛ لأنَّ قَبْضَهُ من الوارِثِ قَبْضٌ لِلْحَقِّ الذى على مَوْرُوثِه . فإن قيل : فلو قال : اقْبِضْ حَقِّى من / زَيْدٍ . فوَكَّلَ زَيْدٌ إنْسانًا فى الدَّفْعِ إليه ، كان له القَبْضُ منه ، والوارِثُ نائِبُ المَوْرُوثِ ، فهو كوَكِيلِه . قُلْنا : إن[20] الوَكِيلَ إذا دَفَعَ عنه بإذْنِه ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِه ؛ لأنَّه أقامَهُ مُقَامَ نَفْسِه ، وليس كذلك هٰهُنا ، فإنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ فاسْتَحقَّت المُطَالَبَةُ عليهم ، لا بِطَرِيقِ النِّيابَةِ عن المَوْرُوثِ ، ولهذا لو حَلَفَ لا يَفْعَلُ شيئًا ، حَنِثَ بِفِعْلِ وَكِيلِه له ، ولا يَحْنَثُ بِفِعْلِ وارِثِه .

١٦٧/٤ ظ

٨٤٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ ، ثُمَّ ادَّعَى تَلَفَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَإِنِ اتُّهِمَ ، حَلَفَ)

إذا اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوَكِّلُ ، لم يَخْلُ من سِتَّةِ أحْوالٍ :

---

(١٩) فى م زيادة : « كما » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

أحدُها ، أن يَخْتَلِفَا فى التَّلَفِ ، فيقولَ الوَكِيلُ : تَلِفَ مَالُكَ فى يَدِى ، أو الثَّمنُ الذى قَبَضْتُه ثَمنَ مَتَاعِكَ تَلِفَ فى يَدِى . فيُكَذِّبُه المُوَكِّلُ . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، وهذا ممَّا يَتَعَذَّرُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فلا يُكَلَّفُ ذلك كالمُودَعِ . وكذلك كلُّ مَن كان فى يَدِه شىءٌ لغيرِه على سَبِيلِ الأَمَانةِ ، كالأَبِ ، والوَصِىِّ ، وأَمِينِ الحاكِمِ ، والمُودَعِ ، والشَّرِيكِ ، والمُضَارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والأَجِيرِ المُشْتَرَكِ ، وإنَّما كان كذلك ، لأنَّه لو كُلِّفَ ذلك مع تَعَذُّرِه عليه ، لَامْتَنَعَ النَّاسُ من الدُّخُولِ فى الأَمَاناتِ مع الحاجَةِ إليها ، فيَلْحَقُهُم الضَّرَرُ . قال القاضى : إلَّا أن يَدَّعِىَ التَّلَفَ بأَمْرٍ ظاهِرٍ ، كالحَرِيقِ والنَّهْبِ وشِبْهِهما ، فعليه إقامَةُ البَيِّنَةِ على وُجُودِ هذا الأَمْرِ فى تلك النَّاحِيَةِ ، ثم يكونُ القولُ قولَه فى تَلَفِها بذلك . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ وُجُودَ الأَمْرِ الظَّاهِرِ ممَّا[1] لا يَخْفَى ، فلا تَتَعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنَةِ عليه .

الحال الثانية ، أن يَخْتَلِفَا فى تَعَدِّى الوَكِيلِ أو تَفْرِيطِه فى الحِفْظِ ، ومُخَالَفَتِه أَمْرَ مُوَكِّلِه ، مثل أن يَدَّعِىَ عليه أنَّكَ حَمَلْتَ على الدَّابَّةِ فوق طَاقَتِها ، أو حَمَلْتَ عليها شَيْئًا لِنَفْسِكَ ، أو فَرَّطْتَ فى حِفْظِها ، أو لَبِسْتَ الثَّوْبَ ، أو أَمَرْتُكَ بِرَدِّ المالِ فلم تَفْعَلْ . ونحو ذلك ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ أيضا مع يَمِينِه ؛ لما ذَكَرْنا فى الذى قَبْلَه ، ولأنَّه مُنْكِرٌ لِما يُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . ومتى ثَبَتَ التَّلَفُ فى يَدِه من غير تَعَدِّيه ، إمَّا لقَبُولِ قَوْلِه ، وإمَّا بإقْرَارِ مُوَكِّلِه أو بَيِّنَةٍ[2] ، فلا ضَمَانَ عليه ، سواءٌ تَلِفَ المَتَاعُ الذى أُمِرَ بِبَيْعِه ، أو بَاعَهُ وقَبَضَ ثَمَنَهُ فتَلِفَ الثَّمَنُ ، وسواءٌ كان بِجُعْلٍ أو بغيرِ جُعْلٍ ؛ لأنَّه نائِبُ المالِكِ فى اليَدِ والتَّصَرُّفِ ، فكان الهَلَاكُ فى يَدِه كالهَلَاكِ فى يَدِ المالِكِ ، وجَرَى مَجْرَى المُودَعِ والمُضَارِبِ وشِبْهِهما . وإن تَعَدَّى أو فَرَّطَ ، ضَمِنَ . وكذلك سائِرُ الأُمَناءِ . ولو باعَ الوَكِيلُ سِلْعةً وقَبَضَ ثَمَنَها ، فتَلِفَ من غير تَعَدٍّ ، واسْتُحِقَّ المَبِيعُ ، رَجَعَ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ على المُوَكِّلِ دون الوَكِيلِ ؛ لأَنَّ المَبِيعَ له ، فالرُّجُوعُ بالعُهْدَةِ عليه ، كما لو باعَ بِنَفْسِه .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « ببينة » .

الحال الثالثة ، أن يَخْتَلِفَا فى التَّصرُّفِ ، فيقولَ الوَكِيلُ : بِعْتُ الثَّوْبَ وقَبَضْتُ الثَّمنَ ، فتَلِفَ . / فيقولَ المُوَكِّلُ : لم تَبِعْ ولم تَقْبِضْ . أو يقول : بِعْتَ ولم تَقْبِضْ شيئا . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ . ذَكَرَهُ ابنُ حامِدٍ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ البَيْعَ والقَبْضَ ، فيُقْبَلُ قَوْلُه فيهما ، كما يُقْبَلُ قَوْلُ وَلِىِّ المَرْأةِ المُجْبَرَةِ على النِّكَاحِ فى تَزْوِيجِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه . وهو أحَدُ القَوْلَيْنِ لأصحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بِحَقٍّ لغيرِه على مُوَكِّلِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ بِدَيْنٍ عليه . وإن[3] وَكَّلَهُ[4] فى شِرَاءِ عَبْدٍ ، فاشْتَراهُ ، واخْتَلَفَا فى قَدْرِ ما اشْتَرَاهُ به ، فقال : اشْتَرَيْتُه بألْفٍ . وقال : بل اشْتَرَيْتَهُ بخَمْسِمائة . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لما ذَكَرْناهُ . وقال القاضى : القولُ قولُ المُوَكِّلِ ، إلَّا أن يكونَ عَيَّنَ له الشِّرَاءَ بما ادَّعَاهُ ، فقال : اشْتَرِ لى عَبْدًا بألْفٍ . فادَّعَى الوَكِيلُ أنَّه اشْتَرَاهُ بذلك ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ إذًا ، وإلَّا فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ مَن كان القولُ قَوْلَه فى أصْلِ شىءٍ ، كان القولُ قَوْلَه فى صِفَتِه . ولِلشّافِعِىِّ قَوْلانِ كهٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الشِّرَاءُ فى الذِّمَّةِ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ (5لأنَّه غارِمٌ[6] مُطَالَبٌ بالثَّمنِ . وإن اشْتَرَى بِعَيْنِ المالِ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لكَوْنِه الغارِمَ ؛ فإنه يُطَالِبُه5) بِرَدِّ ما زادَ على الخَمْسِمائة[7] . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى تَصرُّفِ الوَكِيلِ ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اخْتَلَفَا فى البَيْعِ ، ولأنَّه أَمِينٌ فى الشِّراءِ ، فكان القولُ قولَه فى قَدْرِ ثَمَنِ المُشْتَرَى ، كالمُضارِبِ ، وكما لو قال له : اشْتَرِ بألْفٍ عند القاضى .

الحال الرابعة ، أن يَخْتَلِفَا فى الرَّدِّ ، فيَدَّعِيه الوَكِيلُ ، فيُنْكِرُه المُوَكِّلُ ، فإن كان بغيرِ جُعْلٍ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّه قَبَضَ المالَ لِنَفْعِ مالِكِه ، فكان القولُ قولَه ، كالمُودَعِ ، وإن كان بِجُعْلٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ القولَ قولُه ؛ لأنَّه وَكِيلٌ ،

٤/١٦٨و

---

(3) فى ب : « ولو » .

(4) فى م : « وكل » .

(5 – 5) فى ب : « لكونه الغارم فإنه مطالبه بالثمن » .

(6) فى الأصل زيادة : « لأنه » .

(7) فى الأصل : « خمسمائة » .

فكان القولُ قولَه ، كالأَوَّلِ . والثانى ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأنَّه قَبَضَ المالَ لِنَفْعِ نَفْسِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْله فى الرَّدِّ ، كالمُسْتَعِيرِ . وسواءٌ اخْتَلَفَا فى رَدِّ العَيْنِ ، أو رَدِّ ثَمَنِهَا . وجُمْلَةُ الأُمَناءِ على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدِهما ، مَن قَبَضَ المالَ لِنَفْعِ مالِكِه لا غيرُ ، كالمُودَعِ والوَكِيلِ بغير جُعْلٍ ، فيُقْبَلُ قَوْلُهم فى الرَّدِّ ؛ لأنَّه لو لم يُقْبَلْ قَوْلُهم لَامْتَنَعَ الناسُ من قَبُولِ هذه الأَمَاناتِ ، فيَلْحَقُ الناسَ الضَّرَرُ . الثانى ، مَن يَنْتَفِعُ بِقَبْضِ الأَمانَةِ ، كالوَكِيلِ بِجُعْلٍ ، والمُضَارِبِ ، والأَجِيرِ المُشْتَرِكِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والمُرْتَهِنِ ، ففيهم وَجْهانِ . ذَكَرَهما أبو الخَطَّابِ . وقال القاضى : لا يُقْبَلُ قَوْلُ المُرْتَهِنِ والمُسْتَأْجِرِ والمُضَارِبِ فى الرَّدِّ ؛ لأنَّ أحمدَ نَصَّ عليه فى المُضَارِبِ ، فى رِوَايةِ ابن مَنْصُورٍ ، ولأنَّ مَن قَبَضَ المالَ لِنَفْعِ نَفْسِه ، لا يُقْبَلُ قولُه فى الرَّدِّ . ولو أَنْكَرَ الوَكِيلُ قَبْضَ المالِ ، ثم ثَبَتَ ذلك بِبَيِّنَةٍ ، أو اعْتِرافٍ[8] ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّ خِيانَتَهُ قد ثَبَتَتْ بِجَحْدِه . فإن أقَامَ بَيِّنَةً بما ادَّعاهُ من الرَّدِّ أو التَّلَفِ ، / فهل تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه كَذَّبَها بِجَحْدِه ، فإنَّ قَوْلَهُ : ما قَبَضْتُ . يَتَضَمَّنُ أنَّه لم يَرُدَّ شيئا . والثانى : تُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَدَّعِى الرَّدَّ والتَّلَفَ قبلَ وُجُودِ خِيانَتِه . وإن كان جُحُودُه أنَّك لا تَسْتَحِقُّ علَىَّ شيئا ، أو مالَكَ عِنْدِى شىءٌ ، سُمِعَ قوله مع يَمِينِه ؛ لأنَّ جَوابَهُ لا يُكَذِّبُ ذلك ، فإنَّه إذا كان قد تَلِفَ أو رُدَّ ، فليس له[9] عندَه شىءٌ . فلا تَنَافِىَ بين القَوْلَيْنِ ، إلَّا أن يَدَّعِىَ أنَّه رَدَّهُ أو تَلِفَ بعد قولِه : مالَكَ عندى شىءٌ . فلا يُسْمَعُ قولُه أيضا ؛ لِثُبُوتِ كَذِبِه وخِيَانَتِه .

١٦٨/٤ ظ

الحال الخامسة ، إذا اخْتَلَفَا فى أَصْلِ الوَكَالَةِ ، فقال : وَكَّلْتَنِى . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الوَكَالةِ ، فلم يُثْبِتْ أنَّه أَمِينُه لِيُقْبَلَ قولُه عليه . ولو

---

(٨) فى ب ، م : « اعترف » .

(٩) سقط من : الأصل .

قال : وَكَّلْتُكَ ، ودَفَعْتُ إليك مالًا . فأنْكرَ الوَكِيلُ ذلك كلَّه ، أو اعْتَرَفَ بالتَّوْكِيلِ ، وأنكرَ دَفْعَ المالِ إليه ، فالقولُ قولُه ؛ لذلك . ولو قال رَجُلٌ لآخَرَ : وَكَّلْتَنِى أن أتَزَوَّجَ لك فُلَانَةَ ، بصَدَاقِ كذا ، ففَعَلْتُ . وَادَّعَتِ المَرْأةُ ذلك ، فأنْكرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قولُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن أقَامَ البَيِّنَةَ ، وإلَّا لم يَلْزَم الآخَرَ عَقْدُ النِّكاحِ . قال أحمدُ : ولا يُسْتَحْلَفُ . قال القاضى : لأنَّ الوَكِيلَ يَدَّعِى حَقًّا لغيرِه . فأمَّا إن ادَّعَتْهُ المَرْأةُ ، فيَنْبَغِى أن يُسْتَحْلَفَ ؛ لأنَّها تَدَّعِى الصَّدَاقَ فى ذِمَّتِه ، فإذا حَلَفَ لم يَلْزَمْهُ الصَّدَاقُ ، ولم يَلْزَمِ الوَكِيلَ منه شىءٌ ؛ لأنَّ دَعْوَى المَرْأةِ على المُوَكِّلِ ، وحُقُوقُ العَقْدِ لا تَتَعَلَّقُ بالوَكِيلِ . ونَقَلَ إسحاقُ بن إبراهيمَ عن أحمدَ ، أنَّ الوَكِيلَ يَلْزَمُه نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ فى الشِّرَاءِ ضامِنٌ للثَّمَنِ ، ولِلْبائِعِ مُطَالَبَتُه به ، كذا هٰهُنا . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لما ذَكَرْناهُ . ويُفارِقُ الشِّرَاءَ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَقْصُودُ البائِعِ ، والعادَةُ تَعْجِيلُه وأخْذُه من المُتَوَلِّى لِلشِّرَاءِ ، والنِّكاحُ يُخَالِفُه فى هذا كُلِّه ، ولكنْ إن كان الوَكِيلُ ضَمِنَ المَهْرَ ، فلها الرُّجُوعُ عليه بِنِصْفِه ؛ لأنَّه ضَمِنَهُ عن المُوَكِّلِ ، وهو مُقِرٌّ بأنَّه فى ذِمَّتِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : يَلْزَمُ الوَكِيلَ جَمِيعُ الصَّدَاقِ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ[10] لم تَقَعْ بإنْكارِه ، فيكونُ ثابِتًا فى الباطِنِ ، فيَجِبُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فإذا أنْكرَ فقد أقَرَّ بتَحْرِيمِها عليه ، فصارَ بمَنْزِلَةِ إيقَاعِه لما تَحْرُمُ به . قال أحمدُ : ولا تَتَزَوَّجُ المَرْأةُ حتى يُطَلِّقَ ، لعَلَّهُ يكونُ كاذِبًا فى إنْكارِه . وظَاهِرُ هذا تَحْرِيمُ نِكَاحِها قبلَ طَلاقِها ؛ لأنَّها مُعْتَرِفَةٌ بأنها زَوْجَةٌ له ، فيُؤْخَذُ بإقْرارِها ، وإنْكَارُه ليس بطَلاقٍ . وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ طَلَاقُها ؟ يَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَهُ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ فى حَقِّه نِكَاحٌ ، ولو ثبَتَ لم يُكَلَّف الطَّلَاقَ . ويَحْتَمِلُ أن يُكَلَّفَهُ ، لإزَالَةِ الاحْتِمالِ ، وإزَالَةِ الضَّرَرِ عنها بما لا ضَرَرَ عليه فيه . فأشْبَهَ النِّكَاحَ الفاسِدَ . ولو ادَّعَى أنَّ فُلَانًا الغائِبَ وَكَّلَه فى تَزَوُّجِ[11] امْرَأةٍ ، فتَزَوَّجَها له ، ثم ماتَ الغائِبُ ، لم تَرِثْهُ

---

(١٠) فى م : « التفرقة » .

(١١) فى الأصل : « تزويج » .

الْمَرْأَةُ ، إِلَّا أن يُصَدِّقَهُ الوَرَثَةُ ، أو يَثْبُتَ بِبَيِّنَةٍ . وإن أقرَّ المُوَكِّلُ بالتَّوْكِيلِ فى التَّزْوِيجِ ، وأنْكَرَ أن يكونَ الوَكِيلُ تَزَوَّجَ له ، فهٰهُنا الاخْتِلَافُ فى تَصرُّفِ الوَكِيلِ ، والقولُ قولُ الوَكِيلِ فيه ، فيَثْبُتُ التَّزْوِيجُ هٰهُنا . وقال القاضى : لا يَثْبُتُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه / لا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، لكَوْنِه لا يَنْعَقِدُ إلَّا بها . وذَكَرَ أن أحْمَدَ نَصَّ عليه . وأشَارَ إلى نَصِّه فيما إذا أنْكَرَ المُوَكِّلُ الوَكَالَةَ من أصْلِها . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى فِعْلِ الوَكِيلِ ما أُمِرَ[12] به ، فكان القولُ قولَه ، كما لو وَكَّلَهُ فى بَيْعِ ثَوْبٍ فادَّعَى أنَّه باعَه ، أو فى شِرَاءِ عَبْدٍ بأَلْفٍ فَادَّعَى أنَّه اشْتَرَاهُ به . وما ذَكَرَهُ القاضِى من نَصِّ أحْمَدَ فيما إذا أنْكَرَ المُوَكِّلُ الوَكَالَةَ ، فليس بِنَصٍّ هٰهُنا ؛ لِاخْتِلَافِ أحْكَامِ الصُّورَتَيْنِ وتَبَايُنِهما[13] ، فلا يكونُ النَّصُّ فى إحْدَاهما نَصًّا فى الأُخْرَى . وما ذَكَرَه من المَعْنَى لا أَصْلَ له ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

ولو غابَ رَجُلٌ ، فجاءَ رجلٌ[14] إلى امْرَأَتِه ، فذَكَرَ أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها وأبَانَها ، ووَكَّلَهُ فى تَجْدِيدِ نِكَاحِها بأَلْفٍ . فأَذِنَتْ له[15] فى نِكَاحِها ، فعَقَدَ عليها ، وضَمِنَ الوَكِيلُ الأَلْفَ ، ثم جاءَ زَوْجُها فأنْكَرَ هذا كلَّه ، فالقولُ قولُه ، والنِّكَاحُ الأَوَّلُ بحَالِه . وقِيَاسُ ما ذَكَرْناه أنَّ المَرْأَةَ إن صَدَّقَتِ الوَكِيلَ ، لَزِمَهُ الأَلْفُ ، إلَّا أن يُبِينَها زَوْجُها قبلَ دُخُولِه[16] بها . وحكى ذلك عن مالِكٍ ، وزُفَرَ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ ، أنَّه لا يَلْزَمُ الضّامِنَ شىءٌ ؛ لأنَّه فَرْعٌ عن المَضْمُونِ عنه ، ولم يَلْزَمِ المَضْمُونَ عنه شىءٌ ، فكذلك فَرْعُه . ولَنا ، أنَّ الوَكِيلَ مُقِرٌّ بأن الحَقَّ فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، وأنَّه ضامِنٌ عنه ، فلَزِمَهُ ما أقَرَّ به ، كما لو ادَّعَى على رَجُلٍ أنَّه ضَمِنَ له أَلْفًا على أَجْنَبِىٍّ ، فأقَرَّ الضّامِنُ بالضَّمَانِ وصِحَّتِه وثُبُوتِ الحَقِّ فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، [17]وأنْكَرَهُ المَضْمُونُ[17] . وكما

(١٢) فى الأصل : « أمره » .
(١٣) فى ا : « وتنا فيهما » .
(١٤) فى م : « آخر » .
(١٥) سقط من : ا ، ب ، م .
(١٦) فى م : « دخول الثانى » .
(١٧ – ١٧) سقط من : م .

لو ادَّعَى شُفْعَةً على إنْسانٍ فى شِقْصٍ اشْتَرَاهُ ، فأقَرَّ البائِعُ بالبَيْعِ ، وأنْكَرَهُ المُشْتَرِى ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ فى أصَحِّ الوَجْهَيْنِ . وإن لم تَدَّعِ المَرْأةُ صِحَّةَ ما ذَكَرَهُ الوَكِيلُ ، فلا شىءَ عليه . ويَحْتَمِلُ أنَّ من أسْقَطَ عنه الضَّمانَ أسْقَطَهُ[18] فى هذه الصُّورَةِ ، ومَن أوْجَبَهُ أوْجَبَهُ فى [19]الصُّورَةِ الأُخْرَى[19] ، فلا يكونُ فيها اخْتِلَافٌ . واللهُ أعلمُ .

الحال السادسة ، أن يَخْتَلِفَا فى صِفَةِ الوَكَالَةِ ، فيقولَ : وَكَّلْتُكَ فى بَيْعِ هذا العَبْدِ . قال : بل وَكَّلْتَنِى فى بَيْعِ هذه الجارِيَةِ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى البَيْعِ بأَلْفَيْنِ . قال : بل بأَلْفٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى بَيْعِه نَقْدًا . قال : بل نَسِيئَةً . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى شِرَاءِ عَبْدٍ . قال : بل فى شِرَاءِ أَمَةٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى الشِّرَاءِ بخَمْسَةٍ . قال : بل بعَشَرَةٍ . فقال القاضى : القولُ قولُ المُوَكِّلِ . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ، وأصْحَابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إذا قال : أَذِنْتُ لك فى البَيْعِ نَقْدًا ، وفى الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . قال : بل أَذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَسِيئَةً ، وفى الشِّراءِ بعَشَرَةٍ . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى المُضَارَبَةِ ؛ لأنَّه أَمِينٌ فى التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قولَه فى صِفَتِه ، كالخَيَّاطِ إذا قال : أَذِنْتَ لى فى تَفْصِيلِه قَبَاءً . قال : بل قَمِيصًا . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، إن أُدْرِكَتِ السِّلْعةُ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، وإن فاتَتْ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّها إذا فاتَتْ لَزِمَ الوَكِيلَ[20] الضَّمانُ ، / والأَصْلُ عَدَمُه ، بخِلَافِ ما إذا كانت مَوْجُودَةً . والقولُ الأوَّلُ أصَحُّ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدِهما ، أنَّهما اخْتَلَفَا[21] فى التَّوْكِيلِ الذى يَدَّعِيهِ الوَكِيلُ ، والأَصْلُ عَدَمُهُ ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِيهِ ، كما لو لم يُقِرَّ المُوَكِّلُ بتَوْكِيلِه فى غيرِه . والثانى ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ قولِ المُوَكِّلِ ، فكان القولُ قولَه فى صِفَةِ كَلَامِه ، كما لو اخْتَلَفَ الزَّوْجانِ فى صِفَةِ الطَّلَاقِ . فعلى هذا إذا قال : اشْتَرَيْتُ لك هذه الجارِيَةَ بإذْنِكَ .

١٦٩/٤ ظ

---

(١٨) فى الأصل : « أسقط » .

(١٩ - ١٩) فى الأصل : « هذه الصورة » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى ب : « يختلفان » .

قال : ما أَذِنْتُ لك[٢٢] إلَّا فى شِرَاءِ غيرِها . أو قال : اشْتَرَيْتُها لك بأَلْفَيْنِ . فقال : ما أَذِنْتُ لكَ فى شِرَائِها إلَّا بأَلْفٍ . فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، وعليه اليَمِينُ . فإذا حَلَفَ بَرِئَ من الشِّرَاءِ ، ثم لا يَخْلُو إمَّا أن يكونَ الشِّرَاءُ بعَيْنِ المالِ ، أو فى الذِّمَّةِ ، فإن كان بعَيْنِ المالِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، وتُرَدُّ الجارِيَةُ على البائِعِ إن اعْتَرَفَ بذلك ، وإن كَذَّبَهُ فى أنَّ الشِّرَاءَ لغيرِه أو بمالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالقولُ قولُ البائِعِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ ما فى يَدِ الإِنْسانِ له . فإن ادَّعَى الوَكِيلُ عِلْمَهُ بذلك ، حَلَّفَهُ[٢٣] أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه اشْتَراهُ بمالِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على نَفْيِ فِعْلِ غيرِه ، فكانت يَمِينُه على نَفْيِ العِلْمِ ، فإذا حَلَفَ ، أَمْضَى البَيْعَ ، وعلى الوَكِيلِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ لِمُوَكِّلِه ، ودَفْعُ الثمَنِ إلى البائِعِ ، وتَبْقَى الجارِيَةُ فى يَدِه ، ولا تَحِلُّ له ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من أن يكونَ صَادِقًا ، فتكون لِلْمُوَكِّلِ ، أو كاذِبًا فتكونُ لِلْبائِعِ ، فإذا أرادَ اسْتِحْلَالَها ، اشْتَرَاهَا مِمَّنْ هى له فى الباطِنِ ، فإن امْتَنَعَ من بَيْعِه إيَّاها ، رَفَعَ الأَمْرَ إلى الحاكِمِ ، لِيَرْفُقَ به لِيَبِيعَه إيَّاهَا ، لِيَثْبُتَ المِلْكُ له ظَاهِرًا وباطِنًا ، ويَصِيرَ ما ثَبَتَ له فى ذِمَّتِه ثَمَنًا قِصَاصًا بالذى أَخَذَ منه الآخَرُ ظُلْمًا ، فإن امْتَنَعَ الآخَرُ من البَيْعِ ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُرَاضَاةٍ . وإن قال : إن كانت الجارِيَةُ لى فقد بِعْتُكَها . أو قال المُوَكِّلُ : إن كنتُ أَذِنْتُ لك فى شِرَائِها بأَلْفَيْنِ ، فقد بِعْتُكَها . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ القاضى وبعضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا أَمْرٌ واقِعٌ يَعْلَمانِ وُجُودَهُ ، فلا يَضُرُّ جَعْلُه شَرْطًا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارِيَةُ جارِيَتِى ، فقد بِعْتُكَها . وكذلك كل شَرْطٍ عَلِمَا وُجُودَه ، فإنَّه لا يُوجِبُ وُقُوفَ[٢٤] البَيْعِ ولا شَكًّا فيه . فأمَّا إن كان الوَكِيلُ اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ الثَّمَنَ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، ولَزِمَ الوَكِيلَ فى الظَّاهِرِ ، فأمَّا فى الباطِنِ ، فإن كان الوَكِيلُ كاذِبًا فى دَعْوَاهُ ، فالجارِيَةُ له ؛ لأنَّه اشْتَرَاهَا فى ذِمَّتِه بغيرِ أَمْرِ غيرِه ، وإن كان صَادِقًا ، فالجارِيَةُ لِمُوَكِّلِه . فإذا أرادَ إحْلَالَها له ، تَوَصَّلَ إلى شِرَائِها منه ، كما ذَكَرْنا . وكلُّ مَوْضِعٍ كانت لِلْمُوَكِّلِ فى الباطِنِ

---

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣) فى الأصل : « حلف » .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « وقوع » .

فَامْتَنَعَ من بَيْعِها لِلْوَكِيلِ ، فقد حَصلَتْ فى يَدِ الوَكِيلِ ، وهى لِلْمُوَكِّلِ ، وفى ذِمَّتِهِ لِلْوَكِيلِ ثَمَنُها / . فأَقْرَبُ الوُجُوهِ أن يَأْذَنَ لِلْحاكِمِ فى بَيْعِها ، وتَوْفِيَةِ حَقِّه من ثَمَنِها ، فإن كانت لِلْوَكِيلِ ، فقد أَذِنَ فى بَيْعِها ، وإن كانت لِلْمُوَكِّلِ ، فقد باعَها الحاكِمُ فى إيفاءِ دَيْنٍ امْتَنَعَ المَدِينُ من وَفَائِه . وقد قيل غيرُ ما ذَكَرْنا . وهذا أَقْرَبُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن اشْتَرَاها الوَكِيلُ من الحاكِمِ بمَالَهُ على المُوَكِّلِ ، جازَ ؛ لأنَّه قائِمٌ مُقامَ المُوَكِّلِ فى هذا ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى منه .

٤/١٧٠و

فصل : ولو وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدٍ ، فبَاعَهُ نَسِيئَةً ، فقال المُوَكِّلُ : ما أَذِنْتُ فى بَيْعِه إلَّا نَقْدًا . وصَدَّقَهُ الوَكِيلُ والمُشْتَرِى ، فَسَدَ البَيْعُ ، وله مُطَالَبَةُ مَن شاءَ منهما بالعَبْدِ ، إن كان بَاقِيًا ، أو بقِيمَتِه إن كان تالِفًا . فإن أخَذَ القِيمَةَ من الوَكِيلِ ، رَجَعَ على المُشْتَرِى بها ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، وإن أخَذَها من المُشْتَرِى ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن كَذَّبَاهُ ، وادَّعَيَا أنَّه أَذِنَ فى البَيْعِ نَسِيئَةً ، فعلى قولِ القاضى : يَحْلِفُ المُوَكِّلُ ، ويَرْجِعُ فى العَيْنِ إن كانت قائِمَةً ، وإن كانت تَالِفَةً ، رَجَعَ بقِيمَتِها على مَن شاءَ منهما ، فإن رَجَعَ على المُشْتَرِى ، رَجَعَ على الوَكِيلِ بالثَّمَنِ الذى أخَذَهُ منه لا غيرُ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له المَبِيعَ ، وإن ضَمِنَ الوَكِيلُ ، لم يَرْجِعْ على المُشْتَرِى فى الحالِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بصِحَّةِ البَيْعِ وتَأْجِيلِ الثَّمَنِ ، وأنَّ البائِعَ ظَلَمَهُ بالرُّجُوعِ عليه ، وأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ بالثمَنِ بعد الأَجَلِ ، فإذا حَلَّ الأَجَلُ ، رَجَعَ الوَكِيلُ على المُشْتَرِى بأقَلِّ الأَمْرَيْنِ من القِيمَةِ أو الثَّمَنِ المُسَمَّى ؛ لأنَّ القِيمَةَ إن كانت أقَلَّ ، فما غَرِمَ أكْثَرَ منها ، فلا يَرْجِعُ بأكْثَرَ مما غَرِمَ ، وإن كان الثمَنُ أقَلَّ ، فالوَكِيلُ مُعْتَرِفٌ لِلْمُشْتَرِى أنَّه لا يَسْتَحِقُّ عليه أكْثَرَ منه ، وأنَّ المُوَكِّلَ ظَلَمَهُ بأَخْذِ الزَّائِدِ على الثَّمَنِ ، فلا يَرْجِعُ على المُشْتَرِى بما ظَلَمَهُ به المُوَكِّلُ . وإن كَذَّبَهُ أحَدُهما دونَ الآخَرِ ، فله الرُّجُوعُ على المُصَدِّقِ بغيرِ يَمِينٍ ، ويَحْلِفُ على المُكَذِّبِ ، ويَرْجِعُ على حَسَبِ ما ذَكَرْنا . هذا إن اعْتَرَفَ المُشْتَرِى بأنَّ الوَكِيلَ وَكِيلٌ فى البَيْعِ ، وإن أنْكَرَ ذلك ، وقال : إنَّما بِعْتَنِى مِلْكَكَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه أنَّه لا يَعْلَمُ كَوْنَه وَكِيلًا ، ولا يَرْجِعُ عليه بشىءٍ .

فصل : وإذا قَبَضَ الوَكِيلُ ثَمَنَ المَبِيعِ ، فهو أمانَةٌ فى يَدِه ، لا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه قبلَ طَلَبِه ، ولا يَضْمَنُه بتأْخِيرِه ؛ لأنَّه رَضِىَ بكَوْنِه فى يَدِه ، ولم يَرْجِع عن ذلك . فإن طَلَبَهُ فأَخَّرَ رَدَّهُ مع إمْكانِه ، فتَلِفَ ، ضَمِنَهُ . وإن وَعَدَهُ بِرَدِّه ، ثم ادَّعَى أنَّنِى كُنْتُ رَدَدْتُه قبلَ طَلَبِه ، أو أنَّه كان تَلِفَ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لِنَفْسِه بِوَعْدِه بِرَدِّه . فإن صَدَّقَهُ المُوَكِّلُ ، بَرِئَ ، وإن كَذَّبَهُ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ . فإن أقامَ الوَكِيلُ بَيِّنَةً بذلك ، فهل يُقْبَلُ ، على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يُقبَلُ ؛ لأنَّه لو صَدَّقَهُ المُوَكِّلُ بَرِئَ ، فكذلك إذا قامَتْ له بَيِّنَةٌ ، ولأنَّ البَيِّنَةَ إحْدَى الحُجَّتَيْنِ ، فبَرِئَ بها كالإِقْرَارِ . والثانى : لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه كَذَّبَها[25] بوَعْدِه بالدَّفْعِ . أمَّا إذا صَدَّقَهُ ، فقد / أَقَرَّ بِبَرَاءَتِه ، فلم يَبْقَ له مُنَازِعٌ . وإن لم يَعِدْهُ بِرَدِّه ، لكنْ مَنَعَهُ أو مَطَلَهُ بِرَدِّه مع إمْكانِه ، ثم ادَّعَى التَّلَفَ أو الرَّدَّ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّه ضامِنٌ بالمَنْعِ ، خارِجٌ عن حالِ الأَمَانةِ . وإن أقامَ بما ادَّعاهُ من الرَّدِّ أو التَّلَفِ بَيِّنَةً ، سُمِعَتْ ؛ لأنَّه لم يُكَذِّبْها .

٤/١٧٠ظ

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ له على آخَرَ دَرَاهِمُ ، فبَعَثَ إليه رَسُولًا يَقْبِضُها ، فبَعَثَ إليه مع الرَّسُولِ دِينَارًا ، فضاعَ مع الرَّسُولِ ، فهو من مالِ الباعِثِ ؛ لأنَّه لم يَأْمُرْهُ بمُصَارَفَتِه ، إنَّما كان من ضَمَانِ الباعِثِ لأنَّه دَفَعَ إلى الرَّسُولِ غيرَ ما أَمَرَهُ به المُرْسِلُ ، فإن المُرْسِلَ إنما أَمَرَهُ بِقَبْضِ مالَه فى ذِمَّتِه ، وهى الدَّراهِم ، ولم يَدْفعْها ، وإنما دَفَعَ دِينَارًا عِوَضًا عن[26] دَراهِمَ[27] ، وهذا صَرْفٌ يَفْتَقِرُ إلى رِضَى صاحِبِ الدَّيْنِ وإذْنِه ، ولم يَأْذَنْ ، فصَارَ الرَّسُولُ وَكِيلًا لِلْبَاعِثِ فى تَأْدِيَتِه إلى صَاحِبِ الدَّيْنِ ومُصَارَفَتِه به ، فإذا تَلِفَ فى يَدِ وَكِيلِه . كان من ضَمَانِه ، اللَّهُمَّ إلَّا أن يُخْبِرَ الرَّسُولُ الغَرِيمَ أنَّ رَبَّ الدَّيْنِ أَذِنَ له فى قَبْضِ الدِّينَارِ عن الدَّراهِمِ[28] . فيكونُ حِينَئِذٍ من

---

(٢٥) فى ب ، م : « كذبه » .

(٢٦) فى م زيادة : « عشرة » .

(٢٧) فى ا : « درهم » .

(٢٨) فى ا : « الدرهم » .

ضَمَانِ الرَّسُولِ ؛ لأنه غرَّهُ وأخذَ الدِّينارَ على أنَّه وَكِيلٌ لِلْمُرْسِلِ . وإن قَبَضَ منه الدَّرَاهِمَ التى أمَرَ بِقَبْضِها ، فضَاعَتْ من الرَّسُولِ ، فهى مِن[29] ضَمَانِ صاحِبِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّها تَلِفَتْ فى[30] يَدِ وَكِيلِه . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، فى رَجُلٍ له عند آخَرَ دَنَانِيرُ وثِيَابٌ ، فبَعَثَ إليه رَسُولًا ، وقال : خُذْ دِينارًا وثَوْبًا . فأخَذَ دِينارَيْنِ وثَوْبَيْنِ ، فضَاعَتْ ، فالضَّمَانُ على الباعِثِ . يَعْنِى الذى أعْطَاهُ الدِّينارَيْنِ والثَّوْبَيْنِ ، ويَرْجِعُ به على الرَّسُولِ . يَعْنِى عليه ضَمَانُ الدِّينَارِ والثَّوْبِ الزَّائِدَيْنِ ؛ إنَّما جُعِلَ عليه الضَّمَانُ لأنَّه دَفَعَهما إلى مَنْ لم يُؤْمَرْ بِدَفْعِهما إليه ، ورَجَعَ بهما على الرَّسُولِ ؛ لأنَّه غَرَّهُ ، وحَصَلَ التَّلَفُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ عليه الضَّمَانُ . ولِلْمُوَكِّلِ تَضْمِينُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّه تَعَدَّى بِقَبْضِ ما لم يُؤْمَرْ بِقَبْضِه . فإذا ضَمِنَه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وقال أحمدُ ، فى رَجُلٍ وَكَّلَ وَكِيلًا فى اقْتِضَاءِ دَيْنِه ، وغابَ ، فأخَذَ الوَكِيلُ به رَهْنًا ، فتَلِفَ الرَّهْنُ فى يَدِ الوَكِيلِ ، فقال : أساءَ الوَكِيلُ فى أخْذِ الرَّهْنِ ، ولا ضَمَانَ عليه . إنَّما لم يَضْمَنْهُ لأنَّه رَهْنٌ فاسِدٌ ، والقَبْضُ فى العَقْدِ الفاسِدِ ، كالقَبْضِ فى الصَّحِيحِ ، فما كان القَبْضُ فى صَحِيحِه مَضْمُونًا ، كان مَضْمُونًا فى فاسِدِه ، وما كان غيرَ مَضْمُونٍ فى صَحِيحِه ، كان غيرَ مَضْمُونٍ فى فاسِدِه . ونَقَلَ البَغَوِىُّ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ أعْطَى آخَرَ دَرَاهِمَ يَشْتَرِى له بها شاةً ، فخَلَطَها مع دَرَاهِمِه ، فضَاعَا ، فلا شىءَ عليه . وإن ضَاعَ أحَدُهما ، أيُّهما ضَاعَ غَرِمَهُ قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منها . ويَحْتَمِلُ أنَّه[31] أُذِنَ له فى خَلْطِها . [32]أمَّا إن خَلَطَها[32] بما لا تَتَمَيَّزُ منه بغيرِ إذْنِه ، ضَمِنَها ، كالوَدِيعَةِ . وإنما لَزِمَهُ الضَّمَانُ إذا ضاعَ أحَدُهما ، لأنَّه لا يَعْلَمُ أن الضَّائِعَ دَرَاهِمُ المُوَكِّلِ ، والأصْلُ بَقَاؤُها . ومَعْنَى الضَّمَانِ هٰهُنا ، أنَّه يَحْسُبُ

---

(٢٩) فى ب : « فى » .

(٣٠) فى ا ، م : « من » .

(٣١) فى م زيادة : « إن » .

(٣٢-٣٢) سقط من : م .

٤/١٧١و الضائِعَ من دَرَاهِمِ نَفْسِه . فأمّا على المَحْمَلِ الآخَرِ / ، وهو إذا خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه ، فإذا ضَاعَتْ دَرَاهِمُ المُوَكِّلِ وَحْدَها فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّها ضاعَتْ من غيرِ تَعَدٍّ منه .

٨٤٣ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُه عَلَى الآمِرِ**[1] **إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**)

وجُمْلته أنَّ الرَّجُلَ إذا وَكَّلَ وَكِيلًا فى قَضَاءِ دَيْنِه ، ودَفَعَ إليه مَالًا لِيَدْفَعَهُ إليه ، فادَّعَى الوَكِيلُ قَضاءَ الدَّيْنِ ودَفْعَ المالِ إلى الغَرِيمِ ، لم يُقْبَلْ قولُه على الغَرِيمِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لأنَّه ليس بأَمِينِه ، فلم يُقْبَلْ قولُه عليه فى الدَّفْعِ إليه ، كما لو ادَّعَى المُوَكِّلُ ذلك . فإذا حَلَفَ الغَرِيمُ ، فله مُطَالَبَةُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ ذِمَّتَهُ لا تَبْرَأُ بِدَفْعِ المالِ إلى وَكِيلِه . فإذا دَفَعَهُ فهل لِلْمُوَكِّلِ الرُّجُوعُ على وَكِيلِه ؟ يُنْظَرُ ، فإن ادَّعَى أنَّه قَضَى الدَّيْنَ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، فلِلْمُوَكِّلِ [2]الرُّجُوعُ عليه إذا[3] قضاهُ فى غَيْبَةِ المُوَكِّلِ[2] . قال القاضِى : سواءٌ صَدَّقَه أنَّه قَضَى الحَقَّ أو كَذَّبَهُ . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أَذِنَ له فى قَضَاءٍ يُبْرِئُه ، ولم يُوجَدْ . وعن أحمدَ ، رِوَايَةٌ أُخرَى : لا يَرْجِعُ عليه بِشىءٍ ، إلَّا أن يكونَ أَمَرَهُ بالإشْهَادِ فلم يَفْعَلْ . فعلى هذه الرِّوَايةِ ، إن صَدَّقَهُ المُوَكِّلُ[4] فى الدَّفْعِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ، وإن كَذَّبَهُ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وَوَجْهٌ لأَصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه ادَّعَى فِعْلَ ما أَمَرَ به مُوَكِّلُه ، فكان القولُ قولَه ، كما لو أَمَرَهُ بِبَيْعِ ثَوْبِه ، فَادَّعَى أنه بَاعَهُ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ أنَّه مُفرِّطٌ بِتَرْكِ الإشْهَادِ ، فضَمِنَ ، كما لو فَرَّطَ فى البَيْعِ بدون ثَمَنِ المِثْلِ . فإن قِيلَ : فلم يَأْمُرْهُ بالإشْهَادِ ؟ قُلْنا : إطْلَاقُ الأَمْرِ بالقَضَاءِ يَقْتَضِى ذلك ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا به ، فيَصِيرُ كأَمْرِه بالبَيْعِ والشِّرَاءِ ، يَقْتَضِى ذلك العُرْفُ لا العُمُومُ . كذا هٰهُنا . وقِيَاسُ القَوْلِ الآخَر يُمْكِنُ القولُ بمُوجِبِه . وأنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فى القَضَاءِ ، لكنْ

---

(١) فى م زيادة : « الآخر » .

(٢–٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل ، ب : « فإذا » .

(٤) فى ب ، م : « الوكيل » .

لَزِمَهُ الضَّمَانُ لِتفريطِه ، لا لِرَدِّ قَوْلِه . وعلى هذا ، لو كان القَضَاءُ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ، لم يَضْمَن الوَكِيلُ شيئا ؛ لأنَّ تَرْكَهُ الإشْهَادَ والاحْتِيَاط رِضًى منه بما فَعَلَ وَكِيلُه . وكذلك لو أَذِنَ له فى القَضَاءِ بغيرِ إشْهَادٍ ، فلا ضَمَانَ على الوَكِيلِ ؛ لأنَّ صَرِيحَ قَوْلِه يُقَدَّمُ على ما تَقْتَضِيه دَلَالَةُ الحالِ . وكذلك إن أشْهَدَ على القَضَاءِ عُدُولًا فماتُوا أو غابُوا ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لِعَدَمِ تَفْرِيطِه . وإن أشْهَدَ مَن يُخْتَلَفُ فى ثُبُوتِ الحَقِّ بِشَهَادَتِه ، كشَاهِدٍ واحِدٍ ، أو رَجُلًا وامْرَأَتَيْنِ ، فهل يَبْرأُ من الضَّمَانِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوَايَتَيْنِ . وإن اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوَكِّلُ فقال : قَضَيْتُ الدَّيْنَ بِحَضْرَتِكَ . قال : بل[5] فى غَيْبَتِى ، أو قال : أَذِنْتَ لى فى قَضَائِه بغير بَيِّنَةٍ . فأنْكَرَ الإِذْنَ . أو قال : أشْهَدْتُ على القَضَاءِ شُهُودًا فماتُوا . فأنْكَرَهُ[6] المُوَكِّلُ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ معه .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى إيدَاعِ مالِه ، فأَوْدَعَهُ ولم يُشْهِدْ ، فقال أصحابُنا : لا يَضْمَنُ إذا أنْكَرَ المُودَعُ . وكَلَامُ الخِرَقِيِّ بعُمُومِه يَقْتَضِى أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه على الآمِرِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشّافِعِىّ ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ لا تَثْبُتُ إلَّا / بالبَيِّنَةِ ، فهى كالدَّيْنِ . وقال أصحابُنا : لا يَصِحُّ القِيَاسُ على الدَّيْنِ ؛ لأنَّ قولَ المُودَعِ يُقْبَلُ فى الرَّدِ والهَلَاكِ ، فلا فائِدَةَ فى الاسْتِيثَاقِ ، بخِلَافِ الدَّيْنِ . فإن قال الوَكِيلُ : دَفَعْتُ المالَ إلى المُودَعِ . فقال : لم تَدْفَعْهُ . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى تَصَرُّفِه ، فيما وُكِّلَ فيه ، فكان القولُ قولَه فيه .

١٧١/٤ ظ

فصل : وإذا كان على رَجُلٍ دَيْنٌ أو عندَه[7] وَدِيعَةٌ ، فجَاءَهُ إنْسانٌ فَادَّعَى أنَّه وَكِيلُ صاحِبِ الدَّيْنِ والوَدِيعَةِ فى قَبْضِهِما ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، وَجَبَ الدَّفْعُ إليه . وإن لم يُقِمْ بَيِّنَةً ، لم يَلْزَمْهُ دَفْعُها إليه ، سواءٌ صَدَّقَهُ فى أنَّه وَكِيلُه أو كَذَّبَهُ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال

---

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى م : « فأنكر » .

(٧) فى ب ، م : « وعنده » .

أبو حنيفةَ : إن صَدَّقَهُ ، لَزِمَهُ وَفَاءُ الدَّيْنِ . وفى دَفْعِ العَيْنِ إليه رِوَايَتانِ ؛ أشْهَرُهما ، لا يَجبُ تَسْلِيمُها . واحْتجَّ بأنَّه أقرَّ له بحَقِّ الاسْتِيفاءِ ، فلَزِمَهُ إيفاؤُه ، كما لو أقرَّ له أنَّه وارِثُه . ولَنا ، أنَّه تَسْلِيمٌ لا يُبْرِئُه ، فلا يَجبُ ، كما لو كان الحَقُّ عَيْنًا ، وكما لو أقَرَّ بأنَّ هذا وَصِىُّ الصَّغِيرِ . وفارَقَ الإقْرارَ بكونِه وارِثَهُ ؛ لأنَّه يَتَضمَّنُ بَرَاءَتَهُ ، فإنَّه أقرَّ بأنَّه لا حَقَّ لِسِوَاه . فأمَّا إن أنْكَرَ وَكَالَتَهُ ، لم يستَحْلفْ . وقال أبو حنيفةَ : يسْتَحْلفُ . ومَبْنَى الخِلَافِ (٨على الخِلَافِ٨) فى وُجُوبِ الدَّفْعِ مع التَّصْدِيقِ ، فمَن أوْجَبَ عليه الدَّفْعَ مع التَّصْدِيقِ ، ألْزَمَهُ اليَمِينَ عندَ التَّكْذِيبِ ، كسائِرِ الحُقُوقِ ، ومن لم يُوجِبْ عليه الدَّفْعَ مع التَّصْدِيقِ ، قال : لا يَلْزَمُه اليَمِينُ عند التَّكْذِيبِ ؛ لِعَدَمِ فائِدَتِها . فإن دَفَعَ إليه مع التَّصْدِيقِ أو مع عَدَمِه ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ ، وصَدَّقَ الوَكِيلَ ، بَرِئَ الدّافِعُ ، وإن كَذَّبَهُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإذا حَلَفَ ، وكان الحَقُّ عَيْنًا قائِمَةً فى يَدِ الوَكِيلِ ، فله أخْذُها ، وله مُطَالَبَةُ من شاءَ بِرَدِّها ؛ لأنَّ الدّافِعَ دَفَعَها إلى غير مُسْتَحِقِّها ، والوَكِيلُ عَيْنُ مالِه فى يَدِه . فإن طالَبَ الدَّافِعَ ، فلِلدّافِعِ مُطَالَبَةُ الوَكِيلِ بها ، وأخْذُها من يَدِه ، لِيُسَلِّمَها إلى صَاحِبِها . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ ، أو تَعَذَّرَ رَدُّها ، فلِصَاحِبِها الرُّجُوعُ بِبَدَلِها على من شاءَ منهما ؛ لأنَّ الدَّافِعَ ضَمِنَها بالدَّفْعِ ، والمَدْفُوعَ إليه قَبَضَ ما لا يَسْتَحِقُّ قَبْضَه . وأيُّهما ضَمِنَ لم يَرْجِعْ على الآخَرِ ؛ لأنَّ كل واحِدٍ منهما يَدَّعِى أنَّ ما أخَذَهُ[٩] المالِكُ ظُلْمٌ ، ويُقِرُّ بأنَّه لم يُوجَدْ من صاحِبِه تَعَدٍّ ، فلا يَرْجِعُ على صاحِبِه بِظُلْمِ غيرِه ، إلَّا أن يكونَ الدّافِعُ دَفَعَها إلى الوَكِيلِ من غيرِ تَصْدِيقِه فيما ادَّعاهُ من الوَكَالَةِ . فإن ضَمِنَ رَجَعَ على الوَكِيلِ ؛ لِكَوْنِه لم يُقِرَّ بوَكَالَتِه ، ولا ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . وإن ضَمِنَ الوَكِيلُ ، لم يَرْجِعْ عليه . وإن صَدَّقَهُ لكنَّ الوَكِيلَ تَعَدَّى فيها أو فَرَّطَ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . فإن ضَمِنَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ، وإن ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عليه ؛ لأنَّه وإن كان يُقِرُّ أنَّه قَبَضَهُ قَبْضًا صَحِيحًا ، لكنْ لَزِمَهُ الضَّمانُ بتَفْرِيطِه وتَعَدِّيه ، فالدّافِعُ يقول : ظَلَمَنِى المالِكُ بالرُّجُوعِ

(٨ – ٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى ا ، ب ، م : « يأخذه » .

عَلَىَّ . وله على الوَكِيلِ حَقٌّ[10] يَعْترِفُ به الوَكِيلُ ، فَيأْخذه يَسْتَوْفِى حَقَّه منه . فأمَّا إن كان المَدْفوعُ دَيْنًا ، لم يَرْجِعْ إلَّا على الدَّافِعِ وَحْدَه ؛ لأنَّ حَقَّهُ فى ذِمَّةِ الدَّافِعِ لم يَبْرَأْ منه[11] بِتَسْلِيمِه إلى غير وَكِيلِ صاحِبِ الحَقِّ ، والذى أخذَهُ الوَكِيلُ عَيْنُ مالِ الدَّافِعِ فى زَعْمِ صَاحِبِ الحَقِّ ، والوَكِيلُ والدَّافِعُ يَزْعُمانِ أنَّه صارَ مِلْكًا لِصَاحِبِ الحَقِّ ، وأنَّه ظَالِمٌ للدَّافِعِ بالأَخْذِ منه ، فيَرْجِعُ الدَّافِعُ فيما أخَذَ منه الوَكِيلُ ، ويكونُ قِصَاصًا ممَّا أخَذَ[12] منه صاحِبُ الحَقِّ . وإن كان قد تَلِفَ فى يَدِ الوَكِيلِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بأنه / أَمِينٌ لا ضَمَانَ عليه ، إلَّا أن يَتْلَفَ بِتَعَدِّيهِ وتَفْرِيطِه ، فيَرْجِعَ عليه . ٤/١٧٢و

فصل : فإن جاءَ رَجُلٌ ، فقال : أنا وارِثُ صاحِبِ الحَقِّ . فإن أنْكَرَهُ ، لَزِمَتْهُ اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ صِحَّةَ ما قال ؛ لأنَّ اليَمِينَ هٰهُنا على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ ، فكانت على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأنَّه لو صَدَّقَهُ لَزِمَهُ الدَّفْعُ إليه ، فلما لَزِمَهُ الدَّفْعُ مع الإِقْرارِ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإِنْكارِ . وإن صَدَّقَهُ فى أنَّه وارِثُ صاحِبِ الحَقِّ ، لا وارِثَ له سِوَاهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إليه . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ له بالحَقِّ ، وأنه يَبْرَأُ بهذا الدَّفْعِ ، فلَزِمَهُ ، كما لو جاءَ صَاحِبُ الحَقِّ . فأمَّا إن جاءَ رَجُلٌ ، فقال : قد أحَالَنِى عليكَ صاحِبُ الحَقِّ . فصَدَّقَهُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما : لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ إليه غيرُ مُبْرِئٍ ، لِاحْتِمالِ أن يَجِىءَ المُحِيلُ فيُنْكِرَ الحَوالةَ ويُضَمِّنَهُ[13] ، فأشْبَهَ المُدَّعِىَ لِلوَكَالَةِ . والثانى ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ بأن الحَقَّ له لا لغيرِه ، فأشْبَه الوَارِثَ . فإن قُلْنا : يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإِقْرارِ . لَزِمَتْهُ اليَمِينُ مع الإِنْكارِ . وإن قلنا : لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإِقْرارِ . لم تَلْزَمْهُ اليَمِينُ مع الإِنْكارِ ؛ لِعَدَمِ الفائِدَةِ فيها . ومثلُ هذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

---

(١٠) فى ا زيادة : « حتى » .

(١١) فى ا : « ذمته » .

(١٢) فى م : « أخذه » .

(١٣) فى م : « أو يضمنه » .

فصل : ومن طُلِبَ منه حَقٌّ ، فَامْتَنَعَ من دَفْعِه حتى يُشْهِدَ القابِضُ على نَفْسِه بالقَبْضِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان الحَقُّ عليه بغيرِ بَيِّنَةٍ ، لم يَلْزَمِ[14] [15]القابِضَ الإِشْهادُ[15] لأنَّه لا ضَرَرَ[16] فى ذلك ، فإنَّه متى ادَّعَى الحَقَّ على الدّافِعِ بعدَ ذلك ، قال : لا يَسْتَحِقُّ علىَّ شَىْءٌ . والقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإن كان الحَقُّ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ ، وكان مَنْ عليه الحَقُّ يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، كالمُودِعِ والوَكِيلِ بغيرِ جُعْلٍ ، فكذلك ؛ لأنَّه متى ادُّعِىَ عليه حَقٌّ ، أو قامَتْ به[17] بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُه فى الرَّدِّ . وإن كان مِمَّنْ لا يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، أو يُخْتَلَفُ فى قَبُولِ قَوْلِه ، كالغاصِبِ والمُسْتَعِيرِ والمُرْتَهِنِ ، لم يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُ ما قِبَلَه إلَّا بالإِشْهادِ ، لئلَّا يُنْكِرَ القابِضُ القَبْضَ . ولا يُقْبَلُ قولُ الدَّافِعِ فى الرَّدِّ . وإن قال : لا يَسْتَحِقُّ علىَّ شيئا . قامَتْ عليه البَيِّنَةُ . وإذا[18] أشْهَدَ على نَفْسِه بالقَبْضِ ، لم يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُ الوَثِيقَةِ بالحَقِّ إلى مَن عليه الحَقُّ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ القَبْضِ تُسْقِطُ البَيِّنَةَ الأُولَى ، والكِتابُ مِلْكُه ، فلا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه إلى غيرِه .

٨٤٤ – مسألة ؛ قال : (**وشِراءُ الوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ غَيْرُ جَائِزٍ . وكَذٰلِكَ الْوَصِىُّ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ مَن وُكِّلَ فى بَيْعِ شىءٍ ، لم يَجُزْ له أن يَشْتَرِيَهُ من نَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . نَقَلَها مُهَنَّا . وهو مذهَبُ الشّافِعِىِّ وأصْحابِ الرَّأْىِ . وكذلك الوَصِىُّ ، لا يجوزُ أن يَشْتَرِىَ من مالِ اليَتِيمِ شيئا لِنَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، والأَوْزَاعِىِّ جَوازُ ذلك فيهما . والرِّوايةُ الثانيةُ عن أحمدَ : يجوزُ لهما أن يَشْتَرِيَا بِشَرْطَيْنِ ؛ أحدِهما ، أن يَزِيدَا على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّداءِ . والثانى ، أن يَتَوَلَّى النِّداءَ غيرُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يكونَ اشْتِراطُ تَوَلِّى غيرِه النِّداءَ[1] واجبًا ،

---

(١٤) فى ا ، ب ، م : « يلزمه » .

(١٥ – ١٥) فى ب ، م : « القاضى بالإشهاد » .

(١٦) فى م زيادة : « عليه » .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا .

(١٨) فى م : « أو إذا » .

(١) فى الأصل ا : « للنداء » .

ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مُسْتَحَبًّا ، والأَوَّلُ أشْبَه بظَاهِرِ كَلَامِهِ . وقال أبو الخَطَّابِ : الشَّرْطُ الثانى ، أن يُوَلِّىَ مَن يَبِيعُ ، ويكونَ هو أحدَ المُشْتَرِينَ . فإن قيل : فكيف يجوزُ له دَفْعُها إلى غيرِه لِيَبِيعَها ، وهذا تَوْكِيلٌ وليس لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلُ ؟ قُلْنا : يجوزُ التَّوْكِيلُ فيما لا يَتَوَلَّى مِثْلَه بِنَفْسِهِ ، والنِّدَاءُ ممَّا لم تَجْرِ العادَةُ أن يَتَوَلَّاهُ أَكْثَرُ الناسِ بِنُفُوسِهِم . وإن وَكَّلَ إنسانًا يَشْتَرِى له ، وبَاعَه هو ، جازَ على هذه الرِّوَايةِ / ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ مُوَكِّلِه فى البَيْعِ ، وحَصَّلَ غَرَضَه من الثَّمَنِ ، فجازَ ، كما لو اشْتَرَاهَا أجْنَبِىٌّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ لِلْوَصِىِّ الشِّرَاءُ دُونَ الوَكِيلِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[2] . وإذا اشْتَرَى مالَ اليَتِيمِ بأكْثَرَ من ثَمَنِ مِثْلِه ، فقد قَرِبَهُ بالتى هى أَحْسَنُ . ولأنَّه نائِبٌ عن الأَبِ ، وذلك جائِزٌ للأَبِ ، فكذلك لِنَائِبِه . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، أنَّ العُرْفَ فى البَيْعِ بَيْعُ الرَّجُلِ من غيرِه ، فحُمِلَتِ الوَكَالَةُ عليه ، كما لو صَرَّحَ به ، فقال : بِعْهُ غيرَكَ . ولأنَّه تَلْحَقُه التُّهْمَةُ ، ويَتَنَافَى الغَرَضانِ فى بَيْعِه نَفْسَهُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهَاهُ . والوَصِىُّ كالوَكِيلِ ، لأنَّه[3] يَلِى بَيْعَ مالِ غيرِه بتَوَلِّيه[4] ، فأشْبَه الوَكِيلَ ، بل التُّهْمَةُ فى الوَصِىِّ آكَدُ (5 من الوَكِيلِ 5) ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُتَّهَمُ فى تَرْكِ الاسْتِقْصاءِ فى الثَّمَنِ لا غيرُ ، والوَصِىُّ يُتَّهَمُ فى ذلك ، وفى أنَّه يَشْتَرِى من مالِ اليَتِيمِ ما لَا حَظَّ لِلْيَتِيمِ فى بَيْعِه ، فكان أَوْلَى بالمَنْعِ ، وعند ذلك لا يكونُ أَخْذُهُ لمالِه قُرْبًا له بالتى هى أحْسَنُ . وقد رُوِىَ عن ابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّه قال فى رَجُلٍ أَوْصَى إلى رَجُلٍ بِتَرِكَتِه ، وقد تَرَكَ فَرَسًا ، فقال الوَصِىُّ : أشْتَرِيه[6] ؟ قال : لا .

١٧٢/٤ ظ

فصل : والحُكْمُ فى الحاكِمِ وأَمِينِه ، كالحُكْمِ فى الوَكِيلِ ، والحُكْمُ فى بَيْعِ أحَدِ هَؤُلَاءِ لِوَكِيلِه ، أو وَلَدِه الصَّغِيرِ ، أو طِفْلٍ[7] يَلِى عليه ، أو لِوَكِيلِه ، أو عَبْدِه

---

(٢) سورة الإسراء ٣٤ .

(٣) فى م : « لا » .

(٤) فى م زيادة : « فأشبه الوكيل أو متهم » .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى ب ، م : « اشتره » .

(٧) فى ب ، م : « الطفل » .

المَأْذُونِ ، كالحُكْمِ فى بَيْعه لِنَفسِه ، كلُّ ذلك يُخَرَّج على رِوَايَتَيْنِ ، بناءً على بَيْعِه لِنَفسِه ، أمَّا بَيْعُه لِوَلَدِه الكَبِيرِ ، أو والِدِه ، أو مُكَاتَبِه ، فذَكَرَهم أصْحابُنا أيضا فى جُمْلَةِ ما يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْنِ . ولأصحابِ الشَّافِعِىِّ فيهم وَجْهانِ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ بَيْعُه لِوَلَدِه الكَبِيرِ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ مُوَكِّلِه ، ووافَقَ العُرْفَ فى بَيْعِ غيرِه ، فصَحَّ ، كما لو باعَهُ لأخِيه ، وفارَقَ البَيْعَ لِوَكِيلِه ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ إنَّما يَقعُ لِنَفسِه ، وكذلك بَيْعُ عَبْدِه المَأْذُونِ ، وبَيْعُ طِفْلٍ يَلِى عليه ، بَيْعٌ لِنَفْسِه ؛ لأنَّه هو المُشْتَرِى له ، وَوَجْهُ الجَمْعِ بينهم ، أنَّه يُتَّهَمُ فى حَقِّهم ، ويَمِيلُ إلى تَرْكِ الاسْتِقْصاءِ عليهم فى الثَّمَنِ ، كتُهْمَتِه فى حَقِّ نَفْسِه ، ولذلك[8] لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه . والحُكْمُ فيما إذا[9] أرادَ أن يَشْتَرِىَ لِمُوَكِّلِه ، كالحُكْمِ فى بَيْعِه لمَالِه[10] لأنَّهما سَوَاءٌ فى المَعْنَى .

فصل : وإن وَكَّلَ رَجُلًا يَتَزَوَّجُ له امْرَأةً ، فهل له أن يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ ؟ يُخَرَّجُ على ما ذَكَرْنا فى الوَكِيلِ فى البَيْعِ ، هل يَبِيعُ لِوَلَدِه ؟ وقال أبو يوسف[11] ومحمدٌ : يجوزُ . وَوَجْهُ القَوْلَيْنِ ما تَقَدَّمَ فى التى قَبْلَها . وإن أَذِنَتْ له وَلِيَّتُه فى تَزْوِيجِها ، خُرِّجَ فى تَزْوِيجِها لِنَفْسِه أو [12] وَلَدِه أو والِدِه[12] وَجْهَان ، بِناءً على ما ذُكِرَ[13] فى البَيْعِ . وكذلك إن وَكَّلَهُ رَجُل فى تَزْوِيجِ ابْنَتِه ، خُرِّجَ فيه مثلُ ذلك .

فصل : وإن وَكَّلَهُ رَجُلٌ فى بَيْعِ عَبْدِه ووَكَّلَهُ آخَرُ فى شِرَاءِ عَبْدٍ ، فقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه يجوزُ له أن يَشْتَرِيَهُ له من نَفْسِه ؛ لأنَّه أُذِنَ له فى طَرَفَيِ العَقْدِ ، فجازَ له أن يَلِيَهما إذا كان غيرَ مُتَّهَمٍ ، كالأبِ يَشْتَرِى من مالِ وَلَدِه لِنَفسِه . ولو وَكَّلَهُ المُتَدَاعِيانِ فى الدَّعْوَى عنهما ، فالقِيَاسُ جَوَازُه ؛ لأنَّه تُمْكِنُه الدَّعْوَى عن أحَدِهما ، والجَوابُ عن الآخَرِ ،

---

(٨) فى ا ، ب ، م : « وكذلك » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) فى ب : « لمالكه » .

(١١) فى ا : « أبو حنيفة » .

(١٢-١٢) فى م : « لولده » .

(١٣) فى م : « ذكره » .

وإقَامَةُ حُجَّةِ كلِّ واحدٍ منهما . ولأَصْحابِ الشّافِعِيِّ فى المَسْأَلَتَيْنِ[١٤] وَجْهانِ .

/ **فصل** : وإذا أَذِنَ لِلْوَكِيلِ أن يَشْتَرِىَ من نَفْسِه، جَازَ له ذلك. وقال أصْحابُ الشّافِعِىّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَجْتَمِعُ له فى عَقْدِه غَرَضانِ ، الاسْتِرْخاصُ لِنَفْسِه ، والاسْتِقْصاءُ لِلْمُوَكِّلِ ، وهما مُتَضادَّانِ ، فتمانَعَا . ولَنا ، أنَّه وَكَّلَهُ[١٥] فى التَّصرُّفِ لِنَفْسِه ، فجازَ ، كما لو وَكَّلَ المَرْأَةَ فى طَلَاقِ نَفْسِها ، ولأنَّ عِلَّةَ المَنْعِ هى من الشِّراءِ[١٦] لِنَفْسِه فى مَحلٍّ لِاتِّفاقِ التُّهْمَةِ ، لِدَلَالَتِها على عَدَمِ رِضَى المُوَكِّلِ بهذا التَّصرُّفِ ، وإخْرَاجِ هذا التَّصرُّف عن عُمُومِ لَفْظِه وإذْنِه ، وقد صَرَّحَ هٰهُنا بالإِذْنِ فيها[١٧] ، فلا تَبْقَى دَلَالَةُ الحالِ مع نَصِّه بِلَفْظِه على خِلَافِها[١٨] . وقولُهم : إنَّه يَتَضادُّ مَقْصُودُه فى البَيْعِ والشِّراءِ . قُلْنا : إن عَيَّنَ المُوَكِّلُ له الثمنَ ، فاشْتَرَى به ، فقد زَالَ مَقْصُودُ الاسْتِقْصاءِ ، فإنَّه لا يُرَادُ أكْثَرَ ممَّا قد حَصَّلَ ، وإن لم يُعَيِّنْ له الثَّمنَ ، تَقَيَّدَ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ ، كما لو باعَ لأَجْنَبِيٍّ[١٩] . وقد ذَكَرَ أصحابُنا فيما إذا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِى له نَفْسَهُ من سَيِّدِه وَجْهًا ، أنَّه لا يجوزُ ، فيُخَرَّج هٰهُنا مثلُه . والصَّحِيحُ ما قُلْنَا ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : إذا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِى نَفْسَهُ من سَيِّدِه ، أو يَشْتَرِى منه عَبْدًا آخَرَ ، ففَعَلَ ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ وبعضُ الشّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : لا يجوزُ ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ كيَدِ سَيِّدِه ، فأشْبَهَ ما لو وَكَّلَهُ فى الشِّراءِ من نَفْسِه ، ولهذا يُحْكَمُ للإِنْسانِ بما فى يَدِ عَبْدِه . وذَكَرَ أصحابُنا وَجْهًا كذلك . ولَنا ، أنَّه يجوزُ أن يَشْتَرِىَ عَبْدًا من غيرِ مَوْلَاه ، فجازَ أن

---

(١٤) فى ب م : « المسألة » .

(١٥) فى م : « وكل » .

(١٦) فى م : « المشترى » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى م : « خلافه » .

(١٩) فى م : « الأجنبى » .

يَشْتَرِيَهُ من مَوْلَاهُ ، كالأَجْنَبِيِّ ، وإذا جازَ أن يَشْتَرِىَ غيرَه ، جازَ أن يَشْتَرِىَ نَفْسَهُ ، كما أنَّ المَرْأَةَ لمَّا جازَ تَوْكِيلُها فى طَلَاقِ غيرِها ، جازَ فى طَلَاقِ نَفْسِها . والوَجْهُ الذى ذَكَرَهُ أصحابُنا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ أَكْثَرَ ما يُقَدَّرُ هٰهُنا جَعْلُ تَوْكِيلِ العَبْدِ كتَوْكِيلِ سَيِّدِه ، وقد ذَكَرْنا صِحَّةَ تَوْكِيلِ السَّيِّدِ فى الشِّرَاءِ والبَيْعِ من نَفْسِه ، فهٰهُنا أَوْلَى . فعلى هذا ، إذا قال العَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِى لِزَيْدٍ . فصَدَّقَهُ سَيِّدُه وزَيْدٌ ، صَحَّ ، ولَزِمَ زَيْدًا الثَّمَنُ . وإن قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ إلَّا لِنَفْسِكَ . عَتَقَ العَبْدُ بقَوْلِه وإقْرَارِه على نَفْسِه بما يَعْتِقُ به ، ويَلْزَمُ العَبْدَ الثَّمَنُ فى ذِمَّتِه لِسَيِّدِه ؛ لأنَّ زَيْدًا لا يَلْزَمُه الثَّمَنُ ، لِعَدَمِ حُصُولِ العَبْدِ له ، وكَوْنِ سَيِّدِه لا يَدَّعِيهِ عليه ، فلَزِمَ العَبْدَ ، لأنَّ الظَّاهِرَ ممَّن باشَرَ العَقْدَ أنَّه له . وإن صَدَّقَهُ السَّيِّدُ وكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، نَظَرْتَ فى تَكْذِيبِه ، فإن كَذَّبَهُ فى الوَكَالَةِ ، حَلَفَ وبَرِئَ ، ولِلسَّيِّدِ فَسْخُ البَيْعِ ، واسْتِرْجاعُ عَبْدِه ؛ لِتَعَذُّرِ ثَمَنِه ، وإن صَدَّقَهُ فى الوَكَالَةِ وكَذَّبَهُ فى أنَّك ما اشْتَرَيْتَ نفسَكَ لى ، فالقولُ قولُ العَبْدِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُقْبَلُ قَوْلُه فى التَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فيه .

فصل : وإن وَكَّلَ عَبْدَهُ فى إعْتاقِ نَفْسِه ، أو امْرَأَتَهُ فى طَلَاقِ نَفْسِها ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ العَبْدَ فى إعْتَاقِ عَبِيدِه ، والمَرْأَةَ فى طَلَاقِ نِسَائِه ، لم يَمْلِكِ العَبْدُ إعْتَاقَ نَفْسِه ، ولا المَرْأَةُ طَلَاقَ نَفْسِهَا ؛ لأنَّ ذلك يَنْصَرِفُ بإطْلَاقِه إلى التَّصَرُّفِ فى غيرِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ لهما ذلك ، أَخْذًا من عُمُومِ لَفْظِه ، كما يَجوزُ لِلْوَكِيلِ فى البَيْعِ ، البَيْعُ من نَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وإن وَكَّلَ غَرِيمًا له فى إبْرَاءِ نَفْسِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه وَكَّلَهُ فى إسْقاطِ حَقٍّ عن نَفْسِه ، فأَشْبَه تَوْكِيلَ العَبْدِ فى إعْتاقِ نَفْسِه . وإن وَكَّلَهُ / فى إبْرَاءِ غُرَمَائِه ، لم يكُنْ له أن يُبْرِئَ نَفْسَه ، كما لو وَكَّلَهُ فى حَبْسِ غُرَمائِه ، لم يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِه . ولو وَكَّلَهُ فى خُصُومَتِهِم ، لم يكُنْ وَكِيلًا فى خُصُومَةِ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ إبْراءَ نَفْسِه ؛ لما ذَكَرْنا من قبلُ . وإن وَكَّلَ المَضْمُونَ عنه فى إبْراءِ الضَّامِنِ ، فأَبْرَأَهُ ، صَحَّ . ولا يَبْرَأُ المَضْمُونُ عنه . وإن وَكَّلَ الضَّامِنَ فى إبْراءِ المَضْمُونِ عنه ، أو الكَفِيلَ فى إبْرَاءِ المَكْفُولِ عنه ، فأَبْرَأَهُ ، صَحَّ ، وبَرِئَ الوَكِيلُ بِبَرَاءَتِه ؛ لأنَّه فَرْعٌ عليه ، فإذا بَرِئَ الأَصْلُ بَرِئَ الفَرْعُ بِبَراءَتِه .

١٧٣/٤ ظ

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى إخْراجِ صَدَقَةٍ على المَسَاكِينِ وهو مِسْكِينٌ ، أو أَوْصَى إليه بتَفْرِيقِ ثُلُثه على قَوْمٍ وهو منهم ، أو دَفَعَ إليه مَالًا وأمَرَهُ بتَفرِيقِه على من يُرِيدُ ، أو دَفْعِهِ إلى من شاءَ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّه لا يجوزُ له أن يَأْخُذَ منه شيئا ، فإنَّ أحمدَ قال : إذا كان فى يَدِه مالٌ لِلْمَساكِينِ وأبْوابِ البِرِّ وهو مُحْتاجٌ ، فلا يَأْكُلْ منه شيئا ، وإنَّما أمَرَهُ بتَنْفِيذِه ؛ وذلك لأنَّ إطْلَاقَ لَفظِ المُوَكِّلِ يَنْصرِفُ إلى دَفْعِه إلى غيرِه . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له الأَخْذُ إذا تَنَاوَلَهُ عُمُومُ اللَّفْظِ ، كالمَسَائِلِ التى تَقَدَّمَتْ ، ولأنَّ المَعْنَى الذى حَصَلَ به الاسْتِحْقاقُ مُتَحَقِّقٌ فيه ، واللَّفْظُ مُتَنَاوِلٌ له ، فجازَ له الأَخْذُ كغيرِه . ويَحْتَمِلُ الرُّجُوعُ فى ذلك إلى قَرَائِنِ الأَحْوالِ ، فما غَلَبَ على الظَّنِّ فيه أنَّه أرادَ العُمُومَ فيه وفى غيرِه ، فله الأَخْذُ منه ، وما غَلَبَ أنَّه لم يُرِدْهُ ، فليس له الأَخْذُ ، وما تَسَاوَى فيه الأَمْرَانِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وهل له أن يُعْطِيَهُ لِوَلَدِه أو والِدِه أو امْرَأَتِه ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَوَّلُهما ، جَوَازُه ؛ لِدُخُولِهِم ، فى عُمُومِ لَفْظِه ، ووُجُودِ المَعْنَى المُقْتَضِى لِجَوَازِ الدَّفْعِ إليهم . فأمَّا مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه غيرَ هؤلاءِ ، فيجوزُ الدَّفْعُ إليهم ، كما يجوزُ دَفْعُ صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ إليهم .

٨٤٥ ــ مسألة ؛ قال : (وشِرَاءُ الرَّجُلِ لِنَفسِهِ مِنْ مَالِ وَلَدِه الطِّفْلِ جَائِزٌ . وكَذٰلِكَ شِرَاؤُهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ)

يَعْنِى أنَّ الأَبَ يجوزُ أن يَشْتَرِىَ لِنَفْسِه من مالِ ابْنِه الذى فى حِجْرِهِ . ويَبِيعَ وَلَدَهُ من مالِ نَفْسِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ . وزَادُوا الجَدَّ ، فأَبَاحُوا له ذلك . وقال زُفَر : لا يجوزُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالعاقِدِ ، فلا يجوزُ أن يَتَعَلَّقَ به حُكْمانِ مُتَضادَّانِ ، ولأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ مُوجِبًا وقَابِلًا فى عَقْدٍ واحِدٍ ، كما لا يجوزُ أن يَتزَوَّجَ[1] بِنْتَ عَمِّه من نَفْسِه . ولَنا ، أنَّ هذا يَلِى بِنَفْسِه ، فجَازَ أن يَتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ ، كالأَبِ يُزَوِّجُ ابْنَتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، والسَّيِّدِ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ . ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَرَهُ من تَعَلُّقِ حُقُوقِ العَقْدِ بالعاقِدِ لغيرِه . فأمَّا الجَدُّ فلا وِلَايَةَ له على ابنِ ابْنِه ، على ما سَنَذْكُرُه فى

---

(١) لعل الصواب : « يُزَوِّجَ » .

مَوْضِعِه ، فيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الأَجْنَبِىِّ . ولأنَّ التُّهْمَةَ بين الأَبِ وَوَلَدِه مُنْتَفِيَةٌ ، إذْ من طَبْعِه الشَّفَقَةُ عليه ، والمَيْلُ إليه[٢] ، وتَرْكُ حَظِّ نَفْسِه لِحَظِّه ، فلذلك جازَ . وفارَقَ الجَدَّ والوَصِىَّ والحاكِمَ وأَمِينَه ؛ فإنَّ التُّهْمَةَ غيرُ مُنْتَفِيَةٍ فى حَقِّهِم . وأمَّا تَوَلِّى طَرَفَىِ العَقْدِ ، فيَجوزُ ، بِدَلِيلِ الأَصْلِ الذى ذَكَرْناه . ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَرَهُ فيما إذا أرادَ أن يَتَزَوَّجَ / ابْنَةَ عَمِّه ، بل يَجوزُ بِدَلِيلِ أن عبدَ الرحمنِ بن عَوْفٍ قال لِابْنَةِ قارِظٍ : أتجعَلِينَ أَمْرَكِ إلىَّ ؟ قالتْ : نعم . قال : قد تَزَوَّجْتُكِ[٣] . [٤]ولَئِنْ سَلَّمْنا فلأنَّ[٤] التُّهْمَةَ غيرُ مُنْتَفِيَةٍ ثَمَّ .

١٧٤/٤و

٨٤٦ – مسألة ؛ قال : (وَمَا فَعَلَ الْوَكِيلُ بَعْدَ فَسْخِ المُوَكِّلِ أوْ مَوْتِه فباطِلٌ)

وجملتُه أنَّ الوَكَالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ من الطَّرَفَيْنِ ، فَلِلْمُوَكِّلِ عَزْلُ وَكِيلِه متى شاءَ ، ولِلْوَكِيلِ عَزْلُ نَفْسِه ؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فكان لكلِّ واحِدٍ منهما إبْطالُه ، كما لو أَذِنَ فى أَكْلِ طَعَامِه . وتَبْطُلُ أيضا بمَوْتِ أحَدِهما ، أيُّهما كان ، وجُنُونِه المُطْبِقِ . ولا خِلَافَ فى هذا كلِّه فيما نَعْلَمُ . فمتى تَصرَّفَ الوَكِيلُ بعدَ فَسْخِ المُوَكِّلِ ، أو مَوْتِه ، فهو باطِلٌ إذا عَلِمَ ذلك . فإن لم يَعْلَم الوَكِيلُ بالعَزْلِ ، ولا مَوْتِ المُوَكِّلِ ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ . ولِلشّافِعِىِّ فيه قَوْلانِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ هذا أنَّه يَنْعَزِلُ ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . ومتى تَصَرَّفَ ، فبَانَ أن تَصرُّفَهُ بعدَ عَزْلِه ، أو مَوْتِ مُوَكِّلِه ، فتَصرُّفُه باطِلٌ ؛ لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضَى صَاحِبِه ، فلا يَفْتَقِرُ إلى عِلْمِه ، كالطَّلَاقِ والعَتَاقِ . والرِّوايةُ الثانية عن أحمدَ ، لا يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه بمَوْتِ المُوَكِّلِ وعَزْلِه . نَصَّ عليه فى رِوَايةِ جَعْفَرِ بن محمدٍ ، لأنَّه لو انْعَزَلَ قبلَ عِلْمِه ، كان فيه ضَرَرٌ ؛ لأنَّه قد يَتَصَرَّفُ تَصرُّفَاتٍ فتَقَعُ باطِلَةً ، ورُبَّما باعَ الجارِيَةَ فيَطَؤُها المُشْتَرِى ، أو الطَّعامَ فيَأْكُلُه ، أو غير ذلك ، فيَتَصَرَّفُ فيه المُشْتَرِى ، ويَجِبُ ضَمَانُه ، ويَتَضَرَّرُ المُشْتَرِى والوَكِيلُ . ولأنَّه يَتَصَرَّفُ

---

(٢) فى م : « له » .

(٣) أورده البخارى ، فى : باب إذا كان الولى هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢١ ، وابن سعد ، فى الطبقات الكبرى ٨ / ٤٧٢ .

(٤ – ٤) فى ب : « وإن سلمنا فإن » .

بأَمْرِ المُوَكِّلِ ، ولا يَثْبُتُ حُكْمُ الرُّجُوعِ فى حَقِّ المَأْمُورِ قبلَ عِلْمِه ، كالفَسْخِ . فعلى هذه الرِّوَايةِ ، متى تَصرَّفَ قبل العِلْمِ ، نَفَذَ تَصرُّفُه . وعن أبى حنيفةَ أنَّه إن عَزَلَهُ المُوَكِّلُ ، فلا يَنْعزِلُ قبلَ عِلْمِه ؛ لما ذَكَرْنا . وإن عَزَلَ الوَكِيلُ نَفْسَه ، لم يَنْعزِلْ إلَّا بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه مُتصرِّفٌ بأَمْرِ المُوَكِّلِ ، فلا يَصِحُّ رَدُّ[1] أَمْرِه بغيرِ حَضْرَتِه ، كالمُودِعِ فى رَدِّ الوَدِيعَةِ . ولَنا ، ما تَقدَّمَ . فأمَّا الفَسْخُ ففيه وَجْهانِ ، كالرِّوَايَتَيْنِ . ثم هما مُفْترِقانِ ؛ فإنَّ أَمْرَ الشَّارِعِ يَتَضَمَّنُ المَعْصِيَةَ بتَرْكِه ، ولا يكون عاصِيًا من غيرِ عِلْمِه ، وهذا يَتَضَمَّنُ العَزْلُ عنه إبْطَالَ التَّصرُّفِ ، فلا يَمْنَعُ منه عَدَمُ العِلْمِ .

فصل : ومتى خَرَجَ أحَدُهما عن كَوْنِه من أهْلِ التَّصرُّفِ ، مثل أن يُجَنَّ ، أو يُحْجَرَ عليه لِسَفَهٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ المَوْتِ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ ، فلا يُمَلِّكُه غيرَه من جِهَتِه . قال أحمدُ فى الشَّرِكَةِ : إذا وَسْوَسَ أحَدُهما ، فهو مثل العَزْلِ . وإن حُجِرَ على الوَكِيلِ لِفَلَسٍ[2] ، فالوَكَالَةُ بحَالِها ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن كَوْنِه أهْلًا لِلتَّصرُّفِ . وإن حُجِرَ على المُوَكِّلِ ، وكانت الوَكَالَةُ فى أعْيانِ مالِه ، بَطَلَتْ ؛ لِانْقِطاعِ تَصرُّفِه فى أعْيانِ مالِه . وإن كانت فى الخُصُومَةِ ، أو الشِّرَاءِ فى الذِّمَّةِ ، أو الطَّلَاقِ ، أو الخُلْعِ ، أو القِصَاصِ ، فالوَكَالَةُ بحَالِها ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ أهْلٌ لذلك ، وله أن يَسْتَنِيبَ فيه ابْتِداءً ، فلا تَنْقَطِعُ الاسْتِدَامَةُ . وإن فَسَقَ الوَكِيلُ لم يَنْعزِلْ / ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصرُّفِ ، إلَّا أن تكونَ الوَكَالَةُ فيما يُنافِيهِ الفِسْقُ ، كالإِيجابِ فى عَقْدِ النِّكَاحِ ، فإنَّه يَنْعزِلُ بِفِسْقِهِ أو فِسْقِ مُوَكِّله بخُرُوجِه عن أهْلِيَّةِ التَّصرُّفِ . وإن كان وَكِيلًا فى القَبُولِ لِلْمُوَكِّلِ ، لم يَنْعزِلْ بِفِسْقِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّه لا يُنَافِى جَوَازَ قَبُولِه . وهل يَنْعزِلُ بِفِسْقِ نَفْسِه ؟ فيه وَجْهانِ . وإن كان وَكِيلًا فيما [3]تُشْتَرَطُ فيه[3] الأمَانَةُ ، كوَكِيلِ وَلِىِّ اليَتِيمِ ، ووَلِىِّ الوَقْفِ على المَسَاكِينِ ، ونحو هذا ، انْعَزَلَ بِفِسْقِه وفِسْقِ مُوَكِّله بخُرُوجِهما بذلك عن أهْلِيَّةِ

١٧٤/٤ ظ

---

(١) فى ب ، م : « رده » .

(٢) فى الأصل : « لسفه » .

(٣-٣) فى ب : « تسقط عنه » .

التَّصَرُّفِ . وإن كان[٤] وَكِيلًا لِوَكِيلِ مَن يَتَصرَّفُ فى مالِ نَفْسِه ، انْعَزَلَ بِفِسْقِه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ ليس له تَوْكِيلُ فاسِقٍ ، ولا يَنْعَزِلُ بِفسْقِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّ مُوَكِّلَهُ وَكِيلٌ لِرَبِّ المالِ ، ولا يُنَافِيه الفِسْقُ ، ولا تَبْطُلُ الوَكَالةُ بالنَّوْمِ والسُّكْرِ والإِغْمَاءِ ؛ لأنَّ ذلك لا يُخْرِجُه عن أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، ولا يَثْبُتُ عليه وِلَايَةٌ ، إلَّا أن يَحْصُلَ الفِسْقُ بالسُّكْرِ ، فيكونَ فيه من التَّفْصِيلِ ما أسْلَفْنَاهُ .

فصل : ولا تَبْطُلُ الوَكَالَةُ بالتَّعَدِّى فيما وُكِّلَ فيه ، مثل أن يَلْبَسَ الثَّوْبَ ، ويَرْكَبَ الدَّابَّةَ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشّافِعِىّ . والوَجْهُ الثانى ، تَبْطُلُ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّها عَقْدُ أمَانةٍ ، فبَطَلَتْ[٥] بالتَّعَدِّى كالوَدِيعَةِ . ولَنا ، أنَّه إذا تَصرَّفَ فقد تَصرَّفَ بإذْنِ مُوَكِّلِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَتَعَدَّ . ويُفارِقُ الوَدِيعَةَ من جِهَةِ أنَّها أمانةٌ مُجَرَّدَةٌ ، فنَافَاهَا التَّعَدِّى والخِيَانةُ ، والوَكَالةُ إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأَمَانَةَ ، فإذا انْتَفَتِ الأَمَانَةُ بالتَّعَدِّى ، بَقِىَ الإِذْنُ بحالِه . فعلى هذا لو وَكَّلَهُ فى بَيْعِ ثَوْبٍ فلَبِسَه ، صَارَ ضَامِنًا . فإذا باعَهُ ، صَحَّ بَيْعُه ، وبَرِئَ من ضَمَانِه ؛ لِدُخُولِه فى مِلْكِ المُشْتَرِى وضَمَانِه . فإذا قَبَضَ الثمَنَ ، كان أمانةً فى يَدِه غيرَ مَضْمُونٍ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بإذْنِ المُوَكِّلِ ، ولم يَتَعَدَّ فيه . ولو دَفَعَ إليه مَالًا ، ووَكَّلَه فى شِرَاءِ شىءٍ ، فتَعَدَّى فى الثَّمَنِ ، صَارَ ضامِنًا له ، فإذا اشْتَرَى به وسَلَّمَهُ ، زَالَ الضَّمَانُ ، وقَبْضُه لِلْمَبِيعِ قَبْضُ أمَانةٍ . وإن وُجِدَ بالمَبِيعِ عَيْبٌ ، فَرُدَّ عليه ، أو وَجَدَ هو بما اشْتَرَى عَيْبًا ، فرَدَّهُ وقَبَضَ الثَّمَنَ ، كان مَضْمُونًا عليه ؛ لأنَّ العَقْدَ المُزِيلَ لِلضَّمانِ زَالَ ، فعادَ ما زَالَ به[٦] .

فصل : وإن وَكَّلَ امْرَأَتَهُ فى بَيْعٍ أو شِرَاءٍ أو غيرِه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَنْفَسِخِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ زَوَالَ النِّكَاحِ لا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الوَكَالَةِ ، فلا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَها . وإن وَكَّلَ عَبْدَه ، ثم أعْتَقَه ، أو بَاعَهُ ، لم يَنْعَزِلْ ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَنْعَزِلَ ؛ لأنَّ تَوْكِيلَ عَبْدِه ليس بتَوْكِيلٍ

---

(٤) فى الأصل : « وكل » .

(٥) فى ب ، م : « فتبطل » .

(٦) فى م : « عنه » .

فى الحَقِيقَةِ ، إنَّما هو اسْتِخْدَامٌ بحَقِّ المِلْكِ ، فيَبْطُلُ بزَوَالِ المِلْكِ . وإذا باعَهُ فقد صارَ إلى مِلْكِ مَنْ لم يأْذَنْ فى تَوْكِيلِه ، وثُبوتُ مِلْكِ غيرِه فيه يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ تَوْكِيلِه بغيرِ إذْنِه ، فيَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهُ . وهكذا الوَجْهانِ فيما إذا وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه ثم بَاعَهُ . والصَّحِيحُ أنَّ الوَكَالَةَ لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ سَيِّدَ العَبْدِ أَذِنَ له فى بَيْعِ مالِه ، والعِتْقُ لا يُبْطِلُ الإذْنَ . وهكذا إن بَاعَهُ ، إلَّا أنَّ المُشْتَرِىَ إن رَضِىَ بِبَقَائِه على الوَكَالةِ ، بَقِىَ ، وإن لم يَرْضَ بذلك ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ . وإن وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه ، فأعْتَقَهُ ، لم تَبْطُلِ الوَكَالَةُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ هذا تَوْكِيلٌ حَقِيقَةً ، والعِتْقُ غيرُ مُنافٍ / له . وإن اشْتَرَاهُ المُوَكِّلُ[7] منه لم تَبْطُلِ الوَكَالَةُ[8] ؛ لأنَّ مِلْكَه له لا يُنَافِى إذْنَه له فى البَيْعِ والشِّرَاءِ[9] . ٤/١٧٥و

فصل : وإن وَكَّلَ مُسْلِمٌ كافِرًا فيما يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، صَحَّ تَوْكِيلُه ، سواءٌ كان ذِمِّيًّا ، أو مُسْتَأْمَنًا ، أو حَرْبِيًّا ، أو مُرْتَدًّا ؛ لأنَّ العَدَالَةَ غيرُ مُشْتَرَطَة فيه ، وكذلك الدِّينُ ، كالبَيْعِ . وإن وَكَّلَ مُسْلِمًا فارْتَدَّ ، لم تَبْطُلْ وَكالَتُه[10] ، سواءٌ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ، أو أقامَ . وقال أبو حنيفةَ : إن لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بطَلَتْ وَكَالَتُه ؛ لأنَّه صَارَ منهم . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ تَصَرُّفُه لِنَفْسِه ، فلم تَبْطُلْ وَكَالَتُه ، كما لو لم يَلْحَقْ بِدَارِ الحَرْبِ ، ولأنَّ الرِّدَّةَ لا تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ وَكَالَتِه فلم[11] تَمْنَع اسْتِدَامَتَها ، كسَائِرِ الكُفْرِ . وإن ارْتَدَّ المُوَكِّلُ ، لم تَبْطُلِ الوَكَالَةُ فيما له التَّصَرُّفُ فيه ، فأمَّا الوَكِيلُ فى مالِه ، فيَنْبَنِى على تَصَرُّفِه نَفْسِه ، فإن قُلْنا : يَصِحُّ تَصَرُّفُه . لم يَبْطُلْ تَوْكِيلُه ، وإن قُلْنا : هو مَوْقُوفٌ . فوَكَالَتُه مَوْقُوفَةٌ ، وإن قُلْنا : يَبْطُلُ تَصَرُّفُه . بَطَلَ تَوْكِيلُه . وإن وَكَّلَ فى حال رِدَّتِه ، ففيه الوُجُوهُ الثلاثةُ أيضا .

---

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩) فى م : « أو الشراء » .

(١٠) فى م : « الوكالة » .

(١١) فى م : « فلا » .

فصل : ولو وَكَّلَ رَجُلًا فى نَقْلِ امْرَأَتِه ، أو بَيْعِ عَبْدِه ، أو قَبْضِ دَارِه من فُلَانٍ ، فقامَتِ البَيِّنَةُ بِطَلَاقِ الزَّوْجَةِ ، وعِتْقِ العَبْدِ ، وانْتِقَالِ الدّارِ عن المُوَكِّلِ ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّه زالَ تَصرُّفُ المُوَكِّلِ ، فزَالَتْ وَكَالَتُه .

فصل : وإن تَلِفَتِ العَيْنُ التى وَكَّلَ فى التَّصرُّفِ فيها ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ مَحَلَّها ذَهَبَ ، فذَهَبَتِ الوَكَالَةُ ، كما لو وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدٍ فماتَ . ولو دَفَعَ إليه دِينَارًا ، ووَكَّلَهُ فى الشِّرَاءِ به ، فهَلَكَ الدِّينَارُ ، أو ضاعَ ، أو اسْتَقْرَضَهُ الوَكِيلُ وتَصرَّفَ فيه ، بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ، (12) سواء وَكَّلَهُ (12) فى الشِّرَاء بعَيْنِه أو مُطْلَقًا ؛ لأنَّه إن وَكَّلَهُ فى الشِّرَاء بعَيْنِه ، فقد اسْتَحالَ الشِّرَاءُ بِعَيْنِه بعدَ تَلَفِه ، فبَطَلَتِ الوَكَالَةُ ، وإن وَكَّلَهُ فى الشِّرَاء مُطْلَقًا ، ونَقَدَ الدِّينَارَ ، بَطَلَتْ أيضا ؛ لأنَّه[13] إنَّما وَكَّلَهُ فى الشِّرَاءِ به ، ومَعْناه أن يَنْقُدَهُ ثَمَنَ ذلك البَيْعِ ، إمَّا قبلَ الشِّرَاءِ أو بعدَه ، وقد تَعَذَّرَ ذلك بتَلَفِه ، ولأنَّه[14] لو صَحَّ شِرَاؤُه ، لَلَزِمَ المُوَكِّلَ ثَمَنٌ (15) لم يَلْزَمْهُ (15) ، ولا رَضِىَ بِلُزُومِه . وإذا اسْتَقْرَضَهُ الوَكِيلُ ، ثم عَزَلَ دِينَارًا عِوَضَهُ ، واشْتَرَى به ، فهو كالشِّرَاءِ له من غيرِ إذْنٍ ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ بَطَلَتْ ، والدِّينَارُ الذى[16] عَزَلَهُ عِوَضًا لا يَصِيرُ لِلْمُوَكِّلِ حتى يَقْبِضَه ، فإذا اشْتَرَى لِلْمُوَكِّلِ به[17] شيئا وَقَفَ على إجَازَةِ المُوَكِّلِ ، فإن أجَازَهُ صَحَّ ولَزِمَه[18] الثَّمَنُ ، وإلا لَزِمَ الوَكِيلَ . وعنه يَلْزَمُ الوَكِيلَ بكل حالٍ . وقال القاضِى : متى اشْتَرَى بِعَيْنِ مالِه لغيرِه شيئا ، فالشِّرَاءُ باطِلٌ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ بعَيْنِ مالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : متى اشْتَرَى لغيرِه بمالِ نَفْسِه شيئا[19] ، صَحَّ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، سواءٌ اشْتَرَاهُ

(12 – 12) سقط من : الأصل .

(13) فى م زيادة : « إن » .

(14) فى الأصل : « وإنه » .

(15 – 15) فى ا : « من لم يلتزمه » .

(16) سقط من : ب .

(17) سقط من : ا ، ب .

(18) فى م : « ولزم » .

(19) سقط من : الأصل .

بِعَيْنِ المالِ أو فى الذِّمَّةِ؛ لأنَّه اشْتَرَى له ما لم يُؤْذَنْ له فى شِرَائِه، أشْبَهَ ما لو اشْتَراهُ فى الذِّمَّةِ.

فصل: نَقَلَ الأَثْرَمُ عن أحمدَ، فى رَجُلٍ كان له على آخَرَ دَرَاهِمُ، فقال له: إذا أمْكَنَكَ قَضَاؤُها فادْفَعْها إلى فُلَانٍ. وغَابَ صاحِبُ الحَقِّ، ولم يُوصِ إلى هذا الذى أُذِنَ له فى القَبْضِ، لكن جَعَلَهُ وَكِيلًا، وتَمَكَّنَ مَن عليه الدَّيْنُ من القَضَاءِ، فَخافَ إن دَفَعَها إلى الوَكِيلِ أن يكونَ المُوَكِّلُ قد ماتَ، ويَخافُ التَّبِعَةَ من الوَرَثَةِ. فقال: لا يُعْجِبُنِى أن يَدْفَعَ إليه لعَلَّه قد ماتَ، / لكن يَجْمَعُ بين الوَكِيلِ والوَرَثَةِ، ويَبْرَأُ إليهما من ذلك. هذا ذَكَرَهُ أحمدُ على طَرِيقِ النَّظَرِ لِلْغَرِيمِ، خَوْفًا من التَّبِعَةِ من الوَرَثَةِ إن كان مَوْرُوثُهم قد ماتَ، فانْعَزَلَ وَكِيلُه وصارَ الحَقُّ لهم، فيَرْجِعُونَ على الدّافِعِ إلى الوَكِيلِ. فأمّا من طَرِيقِ الحُكْمِ، فَلِلْوَكِيلِ المُطَالَبَةُ، ولِلآخرِ الدَّفْعُ إليه، فإنَّ أحمدَ قد نَصَّ فى رِوَايةِ حَرْبٍ: إذا وَكَّلَه فى الحَدِّ وغَابَ، اسْتَوْفَاهُ الوَكِيلُ. وهو أبْلَغُ من هذا؛ لكَوْنِه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ، لكن هذا احْتِيَاطٌ حَسَنٌ، وتَبْرِئَةٌ لِلْغَرِيمِ[20] ظَاهِرًا وبَاطِنًا، وإزَالَةٌ لِلتَّبِعَةِ عنه. وفى هذه الرِّوايَةِ دَلِيلٌ على أنَّ الوَكِيلَ انْعَزَلَ بمَوْتِ المُوَكِّلِ، وإن لم يَعْلَمْ بِمَوْتِه؛ لأنَّه اخْتَارَ أن لا يَدْفَعَ إلى الوَكِيلِ خَوْفًا مِن أن يكونَ المُوَكِّلُ قد ماتَ، فانْتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ. ويجوزُ أن يكونَ اخْتَارَ هذا لئلَّا يكونَ القاضِى مِمَّنْ يَرَى أن الوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بالمَوْتِ، فيَحْكُمُ عليه بانْعِزالِه[21]. وفيها دَلِيلٌ على جَوَازِ تَرَاخِى القَبُولِ عن الإيجَابِ؛ لأنَّه وَكَّلَهُ فى قَبْضِ[22] الحَقِّ ولم يَعْلَمْهُ، ولم يكُنْ حاضِرًا فيَقْبَلُ. وفيها دَلِيلٌ على صِحَّةِ التَّوْكِيلِ بغيرِ لَفْظِ التَّوْكِيلِ. وقد نَقَلَ جعفرُ بن محمدٍ، فى رَجُلٍ قال لِرَجُلٍ: بِعْ ثَوْبِى. ليس[23] بشىءٍ[24] حتى يقولَ: قد وَكَّلْتُكَ. وهذا سَهْوٌ من النّاقِلِ. وقد تَقَدَّمَ

---

(٢٠) فى ب: «الغريم».

(٢١) فى ا، ب، م: «بالعزل به».

(٢٢) فى الأصل: «بعض».

(٢٣) فى الأصل: «وليس».

(٢٤) فى ا، ب، م: «شىء».

ذِكْرُ الدَّلِيلِ على جَوَازِ التَّوْكِيلِ بغيرِ لَفْظِ التَّوْكِيلِ ، وهو الذى نَقَلَهُ[25] الجَمَاعَةُ .

٨٤٧ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا وَكَّلَهُ فِى طَلَاقِ زَوْجَتِهِ ، فَهُوَ فِى يَدِهِ حَتَّى يَفْسَخَ أَوْ يَطَأَ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ الوَكَالَةَ إذا وَقَعَتْ مُطْلَقَةً غيرَ مُؤَقَّتَةٍ ، مَلَكَ التَّصَرُّفَ أبدا ، ما لم تَنْفَسِخِ الوَكَالَةُ ، وفَسْخُ الوَكَالةِ أن يقولَ : فَسَخْتُ الوَكَالَةَ ، أو أَبْطَلْتُها ، أو نَقَضْتُها ، أو عَزَلْتُكَ ، أو صَرَفْتُكَ عنها ، وأَزَلْتُكَ عنها . أو يَنْهَاهُ عن فِعْلِ ما أَمَرَهُ به أو وَكَّلَهُ فيه ، وما أَشْبَهَ هذا من الألْفَاظِ المُقْتَضِيَةِ عَزْلَهُ أو[1] المُؤَدِّيَةِ[2] مَعْنَاه ، أو يَعْزِلَ الوَكِيلُ نَفْسَه ، أو يُوجَدَ ما يَقْتَضِى فَسْخَهَا حُكْمًا ، على ما قد ذَكَرْنا ، أو يَزُولَ مِلْكُه عَمّا قد وَكَّلَهُ فى التَّصَرُّفِ فيه ، أو يُوجَدَ ما يَدُلُّ على الرُّجُوعِ عن[3] الوَكَالةِ . فإذا وَكَّلَهُ فى طَلَاقِ امْرَأَتِه ، ثم وَطِئَها ، انْفَسَخَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ ذلك يَدُلُّ على رَغْبَتِه فيها ، واخْتِيَارِهِ إمْسَاكَها . وكذلك لو[4] وَطِئَها بعد طَلَاقِها طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، كان ارْتِجَاعًا لها ، فإذا اقْتَضَى رَجْعَتَها بعد طَلَاقِها ، فَلأَنْ يَقْتَضِىَ اسْتِبْقَاءَها على نِكاحِه[5] ومَنْعَ طَلَاقِها أَوْلَى . وإن بَاشَرَها دون الفَرْجِ ، أو قَبَّلَها ، أو فَعَلَ بها ما يَحْرُمُ على غيرِ الزَّوْجِ ، فهل تَنْفَسِخُ الوَكَالَةُ فى الطَّلَاقِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على الخِلَافِ فى حُصُولِ الرَّجْعَةِ به . وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدٍ ، ثم أَعْتَقَهُ ، أو بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا ، أو كَاتَبَهُ ، أو دَبَّرَهُ ، انْفَسَخَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّه بزَوَالِ مِلْكِه لا يَبْقَى له إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ فيما لا يَمْلِكُه ، وفى الكِتَابَةِ والتَّدْبِيرِ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ لم يَبْقَ مَحلًّا لِلْبَيْعِ ، وعلى الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، تَصَرُّفُه

---

(٢٥) فى ا ، م : « نقل » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) فى ب زيادة : « إلى » .

(٣) فى ب : « فى » .

(٤) فى م : « إن » .

(٥) فى الأصل ، م : « نكاحها » .

فيه بذلك يَدُلُّ على أنَّه قَصَدَ الرُّجوعَ عن بَيْعِه . وإن بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لم تَبْطُل الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ مِلْكَه فى العَبْدِ لم يَزُلْ . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ .

٨٤٨ ـ مسألة ؛ قال : (**ومن وُكِّلَ فى شِرَاءِ شَىْءٍ فَاشْتَرَى غَيْرَهُ ، كَانَ الْآمِرُ مُخَيَّرًا فِى قَبُولِ الشِّرَاءِ ، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَزِمَ الوَكِيلَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَاهُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَيَبْطُلُ الشِّرَاءُ**)

وجملتُه أنَّ الوَكِيلَ فى الشِّرَاءِ إذا خَالَفَ مُوَكِّلَهُ ، فَاشْتَرَى غيرَ ما وُكِّلَ فى شِرَائِه ، مثل أن يُوَكِّلَهُ فى شِرَاءِ عَبْدٍ فيَشْتَرِىَ جَارِيَةً ، لم يَخْلُ من أن يكونَ اشْتَرَاهُ فى ذِمَّتِه أو بِعَيْنِ المَالِ ، فإن كان اشْتَرَاهُ فى ذِمَّتِه ، ثم / نَقَدَ ثَمَنَهُ ، فالشِّرَاءُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه إنَّما اشْتَرَى بِثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، وليس ذلك مِلْكًا لغيرِه . وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه عَقَدَهُ على أنَّه لِلْمُوَكِّلِ ، ولم يَأْذَنْ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِه . ولَنا ، أنَّه لم يَتَصَرَّفْ فى مِلْكِ غيرِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَنْوِهِ لغيرِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فعن أحمدَ رِوَايَتَانِ ؛ إحْدَاهما ، الشِّرَاءُ لازِمٌ لِلْمُشْتَرِى . وهو الوَجْهُ الثانى لأصحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى فى ذِمَّتِه بغير إذْنِ غيرِه ، فكان الشِّرَاءُ له ، كما لو لم يَنْوِ غيرَه . والرِّوَايةُ الثانية ، يَقِفُ على إجَازَةِ المُوَكِّلِ ، فإن أجَازَهُ لَزِمَهُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى له وقد أجَازَهُ ، فلَزِمَهُ ، كما لو اشْتَرَى بإذْنِه ، وإن لم يُجِزْهُ لَزِمَ الوَكِيلَ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَلْزَمَ المُوَكِّلَ ، لأنَّه لم يَأْذَنْ فى شِرَائِه ، ولَزِمَ الوَكِيلَ ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ صَدَرَ منه ، ولم يَثْبُتْ لغيرِه ، فَيَثْبُتُ فى حَقِّه ، كما لو اشْتَرَاهُ لِنَفْسِه . وهكذا الحُكْمُ فى كلِّ من اشْتَرَى شيئا فى ذِمَّتِه لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، سواءٌ كان وَكِيلًا للذى قَصَدَ الشِّرَاءَ له ، أو لم يكُنْ وَكِيلًا له . فأمَّا إن اشْتَرَى بِعَيْنِ المالِ ، مثل أن يقولَ : بِعْنِى الجارِيَةَ بهذه الدَّنَانِير . أو باعَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالصَّحِيحُ فى المذهبِ أنَّ البَيْعَ باطِلٌ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وفيه رِوَايَةٌ أُخْرَى أنَّه صَحِيحٌ ، ويَقِفُ على إجَازَةِ المالِكِ ، فإن لم يُجِزْهُ بَطَلَ ، وإن أجَازَهُ صَحَّ ؛ لِحَدِيثِ

١٧٦/٤ و

عُرْوَةَ بن الجَعْدِ ، أنَّه باعَ ما لم يُؤْذَنْ له فى بَيْعِه ، فأقَرَّهُ عليه النبىُّ ﷺ ، ودَعَا له[1] ، ولأنَّه تَصرَّفَ له بِخَيْرٍ ، فَصَحَّ ، ووَقَفَ على الإجازَةِ ، كالوَصِيَّةِ بالزَّائِدِ على الثُّلُثِ . ووَجْهُ الرِّوَايةِ الأُولَى ، أنَّه عَقَدَ على مالِ مَنْ لم يَأْذَنْ له فى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو باعَ مالَ الصَّبِىِّ المُرَاهِقِ ، ثم بَلَغَ ، فأجَازَهُ ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال لِحَكِيمِ بن حِزَامٍ : « لَا تَبِعْ ما لَيْسَ عِنْدَكَ »[1] . يَعْنِى ما لا[2] تَمْلِكُ . وأما حَدِيثُ عُرْوَةَ فإنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه كان وَكِيلًا مُطْلَقًا ، بِدَلِيلِ أنَّه باعَ وسَلَّمَ المَبِيعَ وأخَذَ ثَمَنَهُ ، وليس ذلك جائِزًا لمن لم يُؤْذَنْ له فيه اتِّفاقًا . ومتى حَكَمْنا بِبُطْلَانِ البَيْعِ ، فاعْتَرَفَ له العاقِدُ معه بِبُطْلَانِ البَيْعِ ، أو ثَبَتَ ذلك بِبَيِّنةٍ ، فعليه رَدُّ ما أخَذَهُ ، وإن لم يَعْتَرِفْ بذلك ، ولا قامَتْ به بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ العاقِدُ ، ولم يَلْزَمْهُ رَدُّ شىءٍ ؛ لأنَّ الأَصْلَ أن [3]تَصرُّفَ الإنْسانِ[3] لِنَفْسِه ، فلا يَصْدُقُ على غيره فيما يُبْطِلُ عَقْدَه . وإن ادَّعَى البائِعُ أنَّه بَاعَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لما ذَكَرْنَاهُ . ولو قال المُشْتَرِى : إنَّك بِعْتَ مالَ غيرِكَ بغيرِ إذْنِه ، فأنْكَرَ البائِعُ ذلك . وقال : بل بِعْتُ مِلْكِى . أو [4]قال : بِعْتُ[4] مالَ مُوَكِّلِى بإذْنِه . فالقولُ قولُه أيضا . وإن اتَّفَقَ البائِعُ والمُشْتَرِى على ما يُبْطِلُ البَيْعَ ، وقال المُوَكِّلُ : بل البَيْعُ صَحِيحٌ . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ولا يَلْزَمُه رَدُّ ما أخَذَه من العِوَضِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى أن يَتَزَوَّجَ له امْرَأةً ، فتَزَوَّجَ له غيرَها ، أو تَزَوَّجَ له بغيرِ إذْنِه ، فالعَقْدُ فاسِدٌ بكلِّ حالٍ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهو مذهبُ / الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ من شَرْطِ صِحَّةِ النِّكَاحِ ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فإذا كان بغيرِ إذْنِه ، لم يَقَعْ له ولا لِلْوَكِيلِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ أعْيَانُ الزَّوْجَيْنِ ، بخِلَافِ البَيْعِ ، فإنَّه يجوزُ أن يَشْتَرِىَ له من غيرِ تَسْمِيَةِ المُشْتَرَى له ، فَافْتَرَقَا . والرِّواية الثانية ، يَصِحُّ النِّكَاحُ ، ويَقِفُ على إجَازَةِ المُتَزَوَّجِ له ، فإن أجَازَهُ

١٧٦/٤ ظ

(١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٩٥ .

(٢) فى م : « لم » .

(٣-٣) فى ب : « تصرفه » .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

صَحَّ ، وإلَّا بطَلَ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . والقولُ فيه كالقولِ فى البَيْعِ ، على ما تَقَدَّمَ .

فصل : قال القاضى : إذا قال لِرَجُلٍ : اشْتَرِ لِى[5] بِدَيْنِى عليك طَعَامًا . لم يَصِحَّ . ولو قال : اسْتَلِفْ[6] لى أَلْفًا من مَالِكَ فى كُرٍّ[7] (8 طَعَامٍ . ففعَلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَشْتَرِىَ الإِنسانُ بمالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وإن قال : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِكَ . أو قال : اسْتَلِفْ[6] لى أَلْفًا فى كُرِّ طَعَامٍ 8) ، واقْضِ الثمنَ عَنِّى من مَالِكَ ، أو من الدَّيْنِ الذى لى عليك . صَحَّ ؛ لأنَّه إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ حَصَلَ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ والثَّمَنُ عليه ، فإذا قَضَاهُ من الدَّيْنِ الذى عليه ، فقد دَفَعَ الدَّيْنَ إلى مَنْ أَمَرَهُ صاحِبُ الدَّيْنِ بِدَفْعِه إليه ، وإن قَضَاهُ من مَالِه عن دَيْنِ السَّلَفِ الذى عليه ، صارَ قَرْضًا عليه .

فصل : ولا يَمْلِكُ الوَكِيلُ من التَّصَرُّفِ إلَّا ما يَقْتَضِيهِ إِذْنُ مُوَكِّلِه ، من جِهَةِ النُّطْقِ ، أو من جِهَةِ العُرْفِ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه بالإِذْنِ ، فاخْتَصَّ بما أُذِنَ فيه ، والإِذْنُ يُعْرَفُ بالنُّطْقِ تارَةً وبالعُرْفِ أُخْرَى . ولو وَكَّلَ رجلًا فى التَّصَرُّفِ فى زَمَنٍ مُقَيَّدٍ ، لم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ ولا بعدَه ؛ لأنَّه لم يَتناوَلْهُ إِذْنُه نُطْقًا[9] ولا عُرْفًا ؛ لأنَّه قد يُؤْثِرُ التَّصَرُّفَ فى زَمَنِ الحاجَةِ إليه دونَ غيرِه ، ولهذا لمَّا عَيَّنَ اللهُ تعالى لِعِبادَتِه وَقْتًا ، لم يَجُزْ تَقْدِيمُها عليه ولا تَأْخِيرُها عنه . فلو قال له : بِعْ ثَوْبِى غَدًا . لم يَجُزْ بَيْعُه اليَوْمَ ولا بعدَ غَدٍ . وإن عَيَّنَ له المَكانَ ، وكان يَتَعَلَّقُ به غَرَضٌ ، مثل أن يَأْمُرَهُ بِبَيْعِ ثَوْبِه فى سُوقٍ ، وكان ذلك السُّوقُ مَعْرُوفًا بِجَوْدَةِ النَّقْدِ ، أو كَثْرَةِ الثمنِ ، أو حِلِّه ، أو بصَلاحِ أَهْلِه ، أو بِمَوَدَّةٍ بين المُوَكِّلِ وبينهم ، تَقَيَّدَ الإِذْنُ به ؛ لأنَّه قد نَصَّ على أمْرٍ له فيه غَرَضٌ ، فلم يَجُزْ تَفْوِيتُه . وإن كان هو وغيرُه سواءً فى الغَرَضِ ، لم يَتَقَيَّدِ الإِذْنُ به ، وجازَ له البَيْعُ فى غيرِه ؛ لِمُسَاوَاتِه

---

(5) سقط من : م .

(6) فى م : « تسلف » .

(7) الكر : أربعون إردبا .

(8–8) سقط من : ب . نقل نظر .

(9) فى م : « مطلقا » .

المَنْصُوصَ عليه فى الغَرَضِ ، فكان تَنْصِيصُه على أحَدِهما إذْنًا فى الآخَرِ ، كما لو اسْتَأْجَرَ أو اسْتَعارَ أرْضًا لِزِرَاعَةِ شىءٍ ، كان إذْنًا فى زِرَاعَةِ مثلِه وما[10] دُونَهُ ، ولو اكْتَرَى[11] عَقَارًا كان له أن يُسْكِنَه مثلَه ، ولو نَذَرَ صَلَاةً أو اعْتِكافًا فى مَسْجِدٍ ، جازَ الاعْتِكافُ والصلاةُ فى غيرِه . وسواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لم يُقَدِّرْهُ . [12]وإن عَيَّنَ له المُشْتَرِى ، فقال : بِعْهُ فُلَانًا . لم يَمْلِكْ بَيْعَه لغيرِه ، بغير خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، سواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لم يُقَدِّرْهُ[12] ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى تَمْلِيكِه إيَّاه دونَ غيرِه ، إلَّا أن يَعْلَمَ الوَكِيلُ بقَرِينَةٍ أو صَرِيحٍ أنَّه لا غَرَضَ له فى عَيْنِ المُشْتَرِى .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى عَقْدٍ فاسِدٍ ، لم يَمْلِكْهُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لم يَأْذَنْ فيه ، ولأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه ، فالوَكِيلُ أَوْلَى . ولا يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لم يَأْذَنْ فيه . وبهذا قال الشَّافِعِىّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّه إذا أَذِنَ / فى الفاسِدِ ، فالصَّحِيحُ أَوْلَى . ولَنا ، أنَّه أَذِنَ له فى مُحَرَّمٍ ، فلم يَمْلِكِ الحَلالَ بهذا الإِذْنِ ، كما لو أَذِنَ فى شِرَاءِ خَمْرٍ وخِنْزِيرٍ ، لم يَمْلِكْ شِرَاءَ الخَيْلِ والغَنَمِ .

١٧٧/٤و

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدٍ أو حَيَوانٍ أو عَقَارٍ ونحوِه ، أو شِرَائِه ، لم يَمْلِكِ العَقْدَ على بَعْضِه ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ تَنَاوَلَ جَمِيعَهُ ، وفى التَّبْعِيضِ إضْرَارٌ بالمُوَكِّلِ وتَشْقِيصٌ لِمِلْكِه ، ولم يَأْذَنْ له[13] فيه . وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبِيدٍ أو شِرَائِهم ، مَلَكَ العَقْدَ عليهم [14]جُمْلَةً ، وواحِدًا[14] واحدًا ، لأنَّ الإِذْنَ يَتَناوَلُ العَقْدَ عليهم جُمْلَةً ، والعُرْفُ فى بَيْعِهم وشِرَائِهم العَقْدُ على واحِدٍ واحِدٍ ، ولا ضَرَرَ فى جَمْعِهم ولا إفْرَادِهم . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبِيدًا صَفْقَةً واحِدَةً ، أو واحدًا واحدًا ، أو بِعْهُم . لم تَجُزْ مُخَالَفَتُه ؛ لأنَّ تَنْصِيصَه على

---

(١٠) فى م : « فما » .

(١١) فى م : « اشترى » .

(١٢-١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤-١٤) فى ا ، ب ، م : « جملة واحدة واحدا واحدا » .

ذلك يَدُلُّ على غَرَضِه فيه ، فلم يَتَناوَلْ إِذْنُه سِوَاه . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدَيْنِ صَفْقةً . فاشْتَرَى عَبْدَيْنِ لِاثْنَيْنِ مُشْتَرَكَيْنِ بينهما ، من وَكِيلِهما ، أو من أحَدِهما بإذْنِ الآخَرِ ، جازَ . وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَاهما من المَالِكَيْنِ ، بأن أوْجَبَا له البَيْعَ فيهما ، وقَبِلَ ذلك منهما بِلَفْظٍ واحِدٍ ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدَانِ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ ؛ لأنَّ القَبُولَ هو الشِّرَاءُ ، وهو مُتَّحِدٌ ، والغَرَضُ لا يَخْتَلِفُ . وإن اشْتَرَاهما من وَكِيلِهما ، وعَيَّنَ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما ، مثل أن يقولَ : بِعْتُكَ[15] هٰذَيْنِ العَبْدَيْنِ ، هذا بمائةٍ وهذا بمائَتَيْنِ . فقال : قَبِلْتُ . احْتَمَلَ أيضًا وَجْهَيْنِ . وإن لم يُعَيِّنْ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما ، لم يَصِحَّ البَيْعُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما مَجْهُولٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ويُقَسَّطَ الثمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما .

فصل : فإن دَفَعَ إليه دَراهِمَ ، وقال : اشْتَرِ لى بهذه عَبْدًا . كان له أن يَشْتَرِيَهُ بعَيْنِها ، وفى الذِّمَّةِ ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ يَقَعُ على هٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ ، فإذا أَطْلَقَ الوَكَالةَ ، كان له فِعْلُ ما شَاءَ منهما . وإن قال : اشْتَرِ بعَيْنِها . فاشْتَرَاهُ فى ذِمَّتِه ، ثم نَقَدَها ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه إذا تَعَيَّنَ الثَّمَنُ ، انْفَسَخَ العَقْدُ بتَلَفِه ، أو كَوْنِه مَغْصُوبًا ، ولم يَلْزَمْهُ ثمنٌ فى ذِمَّتِه ، وهذا غَرَضٌ لِلْمُوَكِّلِ ، فلم تَجُزْ مُخَالَفَتُه ، ويَقَعُ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ . وهل يَقِفُ على إجازَةِ المُوَكِّلِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن قال : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِكَ ، وانْقُدْ هذه الدَّرَاهِمَ ثمَنًا . فاشْتَرَاهُ بعَيْنِها ، فقال أصحابُنا : يَلْزَمُ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه أَذِنَ له فى عَقْدٍ يَلْزَمُه به الثمَنُ مع بَقَاءِ الدَّرَاهِمِ وتَلَفِها ، فكان إذْنًا فى عَقْدٍ[16] لا يَلْزَمُه الثَّمَنُ إلا مع بَقائِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى الشِّرَاءِ بغير عَيْنِها ، لكَوْنِها فيها شُبْهَةٌ لا يَجِبُ أن يَشْتَرِىَ بها ، أو يَجِبُ وُقُوعُ العَقْدِ على وَجْهٍ لا يَنْفَسِخُ بتَلَفِها ، ولا يَبْطُلُ بتَحْرِيمِها ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ ، فلا يجوزُ تَفْوِيتُه عليه ، كما لم يَجُزْ تَفْوِيتُ غَرَضِه فى الصُّورةِ

---

(١٥) فى الأصل زيادة : « ثمن » .

(١٦) فى م : « عبد » .

الأُولَى . ومذهبُ الشّافِعِىّ فى هذا كلِّه كنَحْوِ ما ذَكَرْناهُ .

١٧٧/٤ظ **فصل** : وإن عَيَّنَ له الشِّرَاءَ بنَقْدٍ أو حَالًّا ، لم تَجُزْ مُخَالَفَتُه . وإن أَذِنَ له / فى النَّسِيئَةِ والبَيْعِ بأىِّ نَقْدٍ شاءَ ، جَازَ . وإن أطْلَقَ ، لم يَبِعْ إلَّا حَالًّا بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ فى البَيْعِ الحُلُولُ ، وإطْلَاقُ النَّقْدِ يَنْصرِفُ إلى نَقْدِ البَلَدِ ، ولهذا لو باعَ عَبْدَه بعَشَرَة دَرَاهِم وأَطْلَقَ ، حُمِلَ على الحُلُولِ بِنَقْدِ البَلَدِ . وإن كان فى البَلَدِ نَقْدَانِ ، باعَ بأَغْلَبِهِمَا ، فإن تَسَاوَيا ، باعَ بما شَاءَ منهما . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ وصاحِباهُ : له البَيْعُ نَسَاءً ؛ لأنَّه مُعْتَادٌ فأَشْبَه الحالَّ . ويَتخَرَّجُ لنا (١٧) مثلُ ذلك (١٧) بنَاءً على الرِّوَايةِ فى المُضَارِبِ ، وقد ذَكَرْنَاهَا . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه لو أَطْلَقَ البَيْعَ حُمِلَ على الحُلُولِ ، فكذلك إذا أَطْلَقَ الوَكَالَةَ فيه ، ولا نُسَلِّمُ تَسَاوِى العادَةِ فيهما ، فإنَّ بَيْعَ الحالِّ أَكْثَرُ ، ويُفَارِقُ المُضَارَبَةَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدِهما ، أنَّ المَقْصُودَ من المُضارَبةِ الرِّبْحُ ، لا دَفْعُ الحاجَةِ بالثَّمَنِ فى الحال ، وقد يكونُ المَقْصُودُ فى الوَكَالَةِ دَفْعَ حاجَةٍ ناجزَةٍ تَفُوتُ بتأْخِيرِ الثمَنِ . والثانى ، أنَّ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ فى المُضارَبةِ على المُضَارِبِ ، فيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخِيرِ فى التَّقَاضِى عليه ، وهٰهُنا بخِلَافِه ، فلا يَرْضَى به المُوَكِّلُ ، ولأنَّ الضَّرَرَ فى تَوَى الثَّمَنِ (١٨) على المُضَارِبِ ، لأنَّه يُحْسَبُ من الرِّبْحِ ، لكَوْنِ الرِّبْحِ وِقَايةً لِرَأْسِ المالِ ، وهٰهُنا يَعُودُ على المُوَكِّلِ ، فانْقَطَعَ الإِلْحاقُ .

فصل : إذا وَكَّلَهُ فى بَيْعِ سِلْعَةٍ نَسِيئَةً ، فباعَها نَقْدًا بدُونِ ثَمَنِها نَسِيئَةً ، أو بدونِ ما عَيَّنَهُ له ، لم ينْفذْ بَيْعُه ؛ لأنَّه مُخَالِفٌ لِمُوَكِّلِه ، لأنَّه رَضِىَ بثَمَنِ النَّسِيئَةِ دُونَ النَّقْدِ . وإن باعَها نقْدًا بما تُسَاوِى نَسِيئَةً ، أو عَيَّنَ له ثَمَنَها فباعَها به نَقْدًا ، فقال القاضى : يَصِحُّ ؛ لأنَّه زَادَهُ خَيْرًا ، فكان مَأْذُونًا فيه عُرْفًا ، فأَشْبَه ما لو وَكَّلَهُ فى بَيْعِها بعَشَرةٍ فباعَها بأَكْثَرَ منها . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَر فيه ، فإن لم يكُنْ له غَرَضٌ فى النَّسِيئَةِ صَحَّ ، وإن كان فيها

(١٧-١٧) فى ا ، ب : « مثله » .

(١٨) توى الثمن : هلاكه .

غَرَضٌ ، نحو أن يكونَ الثمنُ ممَّا يُسْتَضَرُّ بحِفْظِه فى الحال ، أو يُخَافُ عليه من التَّلَفِ أو المُتَغَلِّبِين ، أو يَتَغَيَّرُ عن حالِه إلى وَقْتِ الحُلُولِ ، فهو كمَنْ لم يُؤْذَنْ له ؛ لأنَّ حُكْمَ الحُلُولِ[19] لا يَتَنَاوَلُ المَسْكُوتَ عنه إلَّا إذا عُلِمَ أنه فى المَصْلَحَةِ ، كالمَنْطُوقِ أو أَكْثَرَ ، فيكون الحُكْمُ فيه ثابتًا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ أو المُمَاثَلَةِ ، ومتى كان فى المَنْطُوقِ به غَرَضٌ مُخْتَصٌّ به لم يَجُزْ تَفْوِيتُه ، ولا ثُبُوتُ الحُكْمِ فى غيرِه . وقد ذَكَرَ القاضى نحوَ هذا فى مَوْضِعٍ آخَرَ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى الشِّرَاءِ بِثَمَنٍ نَقْدًا ، فاشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بأَكْثَرَ من ثَمَنِ النَّقْدِ ، لم يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ . وإن اشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بِثَمَنِه نَقْدًا ، أو بما عَيَّنَهُ له ، فهى كالتى قَبْلَها . ويَصِحُّ لِلْمُوَكِّلِ فى قول القاضى . وعلى ما ذَكَرْنَا يُنْظَرُ فى ذلك ؛ فإن كان فيه ضَرَرٌ ، نحو أن يَسْتَضِرَّ بِبَقَاءِ الثمنِ معه ونحو ذلك ، لم يَجُزْ ، كقَوْلِنا فى التى قَبْلَها . ولأصحابِ الشّافِعِىّ فى صِحّةِ الشِّرَاءِ وَجْهانِ .

فصل : وليس له أن يَبِيعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو دون ما قَدَّرَهُ له ، ولا يَشْتَرِىَ بأَكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ ، أو أَكْثَرَ مما قَدَّرَ له . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسف ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا أُطْلِقَ الوَكَالَةَ فى البَيْعِ ، فله البَيْعُ بأىِّ ثَمَنٍ كان ؛ لأنَّ لَفْظَه فى الإِذْنِ مُطْلَقٌ ، فيَجِبُ حَمْلُه على إطْلَاقِه . ولَنا ، أنَّه تَوْكِيلٌ مُطْلَقٌ فى عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فاقْتَضَى ثَمَنَ المِثْلِ ، كالشِّرَاءِ ، فإنَّه وافَقَ عليه ، وما ذَكَرَهُ[20] يَنْتَقِضُ / بالشِّرَاءِ . فإن باعَ بأَقَلَّ من ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى بأَكْثَرَ منه ممَّا لا يَتَغَابَنُ الناسُ بمثلِه ، أو باعَ بدُونِ ما قَدَّرَ[21] له ، أو اشْتَرَى بأَكْثَرَ منه ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لم يُؤْذَنْ له فى البَيْعِ والشِّرَاءِ . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ . وعن أحمدَ أنَّ البَيْعَ جائِزٌ دون الشِّرَاءِ ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ النَّقْصَ ؛ لأنَّ مَن صَحَّ بَيْعُه بِثَمَنِ المِثْلِ ، صَحَّ بدُونِه ، كالمَرِيضِ . فعلَى هذه الرِّوَايةِ يكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ،

١٧٨/٤و

---

(١٩) فى ا ، ب : « الإذن » .

(٢٠) فى ب : « ذكروه » خطأ .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « قدره » .

وعلى الوَكِيلِ ضَمَانُ النَّقْصِ ، وفى قَدرِهِ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، ما بَيْنَ ثَمَنِ المِثْلِ وما بَاعَهُ[٢٢] به . والثانى ، ما بين ما يَتَغَابَنُ الناسُ به ، وما لا يَتَغَابَنُ الناسُ به ؛ لأنَّ ما يَتغابَنُ الناسُ به يَصِحُّ بَيْعُه به ولا ضَمَانَ عليه . والأَوَّلُ أقْيَسُ ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ لِلْوَكِيلِ فى هذا البَيْعِ ، فأشْبَه بَيْعَ الأَجْنَبِىِّ . ولو أُذِنَ له فى البَيْعِ ، لم يكُنْ عليه ضَمَانٌ ، فأشْبَهَ الشِّرَاءَ . وكلُّ تَصَرُّفٍ كان الوَكِيلُ مُخَالِفًا فيه لِمُوَكِّلِه ، فحُكْمُه فيه حُكْمُ تَصرُّفِ الأَجْنَبِىِّ ، على ما نَذْكُرُ[٢٣] فى مَوْضِعِه إن شاء الله . وأمَّا ما يَتَغَابَنُ الناسُ به عادَةً ، فمَعْفُوٌّ عنه إذا لم يكُنْ المُوَكِّلُ قَدَّرَ له الثَّمَنَ ؛ لأنَّ ما يَتغَابَنُ الناسُ به يُعَدُّ ثَمَنَ[٢٤] المِثْلِ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه . ولو حَضَرَ من يَزِيدُ على ثَمَنِ المِثْلِ ، لم يَجُزْ أن يَبِيعَ بثَمَنِ المِثْلِ ؛ لأنَّ عليه الاحْتِيَاطَ وطَلَبَ الحَظِّ لِمُوَكِّلِه . وإن باعَ بثَمَنِ المِثْلِ ، فحَضَرَ مَن يَزِيدُ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لم يَلْزَمْهُ فَسْخُ العَقْدِ ، فى الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ مَمْنُوعٌ منها ، مَنْهِىٌّ عنها ، فلا يَلْزَمُ الرُّجُوعُ إليها ، ولأنَّ المُزَايِدَ قد لا يَثْبُتُ على الزِّيَادَةِ ، فلا يَلْزَمُ الفَسْخُ بالشَّكِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ ذلك ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ فى الثمَنِ أمْكَنَ تَحْصِيلُها ، فأشْبَهَ ما لو جاءَ[٢٥] به قبلَ البَيْعِ ، والنَّهْىُ يَتوَجَّهُ إلى الذى زَادَ لا إلى الوَكِيلِ ، فأشْبَهَ مَن جَاءَتْهُ الزِّيَادَةُ قبل البَيْعِ وبعدَ[٢٦] الاتِّفَاقِ عليه .

فصل : ومَن وُكِّلَ فى بَيْعِ عَبْدٍ بمائةٍ ، فباعَهُ بأكْثَرَ منها ، صَحَّ ، سواءٌ كانت الزِّيَادَةُ كَثِيرَةً أو قَلِيلةً ؛ لأنَّه باعَ بالمَأْذُونِ فيه وزَادَ زِيَادَةً تَنْفعُه ولا تَضُرُّه ، وسواءٌ كانت الزِّيَادَةُ من جِنْسِ الثَّمَنِ المَأْمُورِ به ، أو مِن غيرِ جِنْسِه ، مثل أن يَأْذَنَ فى بَيْعِه بمائةِ دِرْهَمٍ ، فيَبِيعُه بمائةِ دِرْهَمٍ ودِينَارٍ أو ثَوْبٍ . وقال أصْحابُ[٢٧] الشّافِعِىِّ : لا يَصِحُّ بَيْعُه بمائةٍ وثَوْبٍ ، فى

---

(٢٢) فى ب : « باع » .
(٢٣) فى الأصل ، ا ، م : « ذكر » .
(٢٤) فى ب : « بثمن » .
(٢٥) فى م : « أجاز » .
(٢٦) فى ا ، ب : « بعد » بدون الواو .
(٢٧) فى م زيادة : « غير » خطأ .

أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه من غيرِ[28] جِنْسِ الأثْمانِ[29] . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه ، أشْبَهَ ما لو باعَهُ بمائةٍ ودِينَارٍ ، ولأنَّ الإِذْنَ فى بَيْعِه بمائةٍ ، إذْنٌ فى بَيْعِه بزِيَادَةٍ عليها عُرْفًا ، لأنَّ مَن رَضِىَ بمائةٍ لا يَكْرَهُ أن يُزادَ عليها ثَوْبٌ يَنْفَعُه ولا يَضُرُّه . وإن باعَهُ بمائةِ دِينَارٍ ، أو بِتِسْعِينَ دِرْهَمًا وعَشَرَةَ دَنَانِير ، وأشْبَاه[30] ذلك ، أو بمائةِ ثَوْبٍ ، أو بِثَمَانِينَ دِرْهَمًا وعِشْرِينَ ثَوْبًا ، لم يَصِحَّ . ذَكَرَهُ القاضى . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه خَالَفَ مُوَكِّلَه فى الجِنْسِ ، فأشْبَهَ ما لو باعَهُ بِثَوْبٍ يُسَاوِى أكْثَرَ من مائةِ دِرْهَمٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ فيما إذا جَعَلَ مكانَ الدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ ، أو مكانَ بعضِها ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، فإنَّ مَن رَضِىَ بِدِرْهَمٍ رَضِىَ مكانَه بِدِينارٍ ، فَجَرى مَجْرَى بَيْعِه بمائةِ دِرْهَمٍ ودِينارٍ . وأمَّا الثِّيَابُ فلا يَصِحُّ بَيْعُه بها ؛ لأنَّها من غيرِ جِنْسِ الأثْمانِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدٍ بمائةٍ ، فباعَ نِصفَه بها ، أو وَكَّلَه مُطْلَقًا ، فباعَ نِصفَه بثَمَنِ الكُلِّ ، جازَ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه من جِهَةِ العُرْفِ ، فإنَّ مَن رَضِىَ مائةً[31] ثَمَنًا لِلْكُلِّ ، رَضِى بها ثَمَنًا لِلنِّصْفِ ، ولأنَّه حَصَّلَ له المائةَ وأبْقَى له زِيَادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه . وله بَيْعُ النِّصْفِ الآخرِ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فى بَيْعِه ، فأشْبَهَ / ما لو باعَ العَبْدَ كلَّه بِمِثْلَىْ[32] ثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ ألَّا يجوزَ له بَيْعُه ؛ لأنَّه قد حَصَّلَ لِلْمُوَكِّلِ غَرَضَه من الثمَنِ بِبَيْعِ نِصفِه ، فرُبَّما لا يُؤْثِرُ بَيْعَ باقِيه ، لِلْغِنَى عن بَيْعِه بما حَصَّلَ له من ثَمَنِ نِصفِه . وهكذا القولُ فى تَوْكِيلِه فى بَيْعِ عَبْدَيْنِ بمائةٍ ، إذا باع أحَدَهما بها ، صَحَّ . وهل يكونُ له بَيْعُ العَبْدِ الآخرِ ؟ على وَجْهَيْنِ . فأمَّا إن وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدِه بمائةٍ ، فباعَ بعضَه بأقَلَّ منها ، لم يَصِحَّ . وإن وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فباعَ بعضَه بأقَلَّ من ثَمَنِ الكُلِّ ، لم يَجُزْ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ،

١٧٨/٤ ظ

---

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الرد التالى كله حتى نهاية الفصل لم يرد فى الأصل .

(٣٠) فى ا : « أو أشباه » .

(٣١) فى ا : « بمائة » .

(٣٢) فى ا : « بمثل » .

ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ فيما إذا أُطْلَقَ الوَكَالةَ . بناءً على أَصْلِه فى أن لِلْوَكِيلِ المُطْلَقِ البَيْعَ بما شاءَ . ولَنا ، أنَّ على المُوَكِّلِ ضَرَرًا فى تَبْعِيضِه ، ولم يُوجَدِ الإِذْنُ فيه نُطْقًا ولا عُرْفًا ، فلم يَجُزْ ، كما لو وَكَّلَهُ فى شِرَاءِ عَبْدٍ ، فاشْتَرَى نِصْفَه .

فصل : وإن وَكَّلَه فى شِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِه بمائةٍ ، فاشْتَراهُ بخَمْسِينَ ، أو بما دون المائةِ ، صَحَّ ، ولَزِمَ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه من جِهَةِ العُرْفِ . وإن قال : لا تَشْتَرِه بأَقَلَّ من مائةٍ ، فخَالَفَه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه خالَفَ نَصَّهُ[٣٣] ، وصَرِيحُ قَوْلِه مُقَدَّمٌ على دَلَالَةِ العُرْفِ . فإن قال : اشْتَرِه بمائةٍ ، ولا تَشْتَرِه بخَمْسِينَ . جازَ له شِرَاؤُه بما فوق الخَمْسِينَ ؛ لأنَّ إِذْنَهُ فى الشِّرَاءِ بمائةٍ دَلَّ عُرْفًا على الشِّرَاءِ بما دونها ، خَرَجَ منه الخَمْسُونَ بِصَرِيحِ النَّهْيِ ، بَقِىَ فيما[٣٤] فَوْقَها على مُقْتَضَى الإِذْنِ . وإن اشْتَراهُ بأَقَلَّ من الخَمْسِينَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يجوزُ ؛ لذلك ، ولأنَّه لم يُخَالِفْ صَرِيحَ نَهْيِه ، أشْبَهَ ما زادَ على الخَمْسِينَ . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه نَهاهُ عن الخَمْسِينَ اسْتِقْلَالًا لها . فكان تَنْبِيهًا على النَّهْيِ عمَّا هو أَقَلُّ منها ، كما أنَّ الإِذْنَ فى الشِّرَاءِ بمائةٍ إِذْنٌ فيما دونها ، فجَرَى ذلك مَجْرَى صَرِيحِ نَهْيِه ، فإنَّ تَنْبِيهَ الكَلَامِ كَنَصِّه . وإن قال : اشْتَرِه بمائةِ دِينَارٍ . فاشْتَراهُ بمائةِ دِرْهَمٍ . فالحُكْمُ فيه كما لو قال : بِعْهُ بمائةِ دِرْهَمٍ ، فباعَهُ بمائةِ دِينَارٍ ، على ما مَضَى من القولِ فيه . وإن قال : اشْتَرِ لى نِصْفَهُ بمائةٍ . فاشْتَراهُ كلَّه أو أَكْثَرَ من نِصْفِه بمائةٍ ، جازَ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن قال : اشْتَرِ لى نِصْفَه بمائةٍ ، ولا تَشْتَرِه جَمِيعَه ، فاشْتَرَى أَكْثَرَ من النِّصْفِ وأَقَلَّ من الكُلِّ بمائةٍ ، صَحَّ ، فى قِيَاسِ المَسْأَلَةِ التى قبلَها ، لكَوْنِ دَلَالَةِ العُرْفِ قاضِيَةً بالإِذْنِ فى شِرَاءِ كلِّ ما زَادَ على النِّصْفِ ، خَرَجَ الجَمِيعُ بِصَرِيحِ نَهْيِه ، ففيما عَداهُ يَبْقَى على مُقْتَضَى الإِذْنِ .

فصل : وإن وَكَّلَه فى شِرَاءِ عَبْدٍ مَوْصُوفٍ بمائةٍ ، فاشْتَراهُ على الصِّفَةِ بِدُونِها ،

---

(٣٣) فى م : « نصفه » . خطأ .

(٣٤) فى ب : « ما » .

جازَ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن خَالَفَهُ[٣٥] فى الصِّفَةِ ، أو اشْتَرَاهُ بأَكْثَرَ منها ، لم يَلْزَم المُوَكِّلَ . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا بمائةٍ فاشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِى مائةً بدونها ، جازَ ؛ لأنَّه لو اشْتَراهُ بمائةٍ جازَ ، فإذا اشْتَرَاهُ بِدُونِها فقد زَادَهُ خَيْرًا ، فيَجُوزُ . وإن كان لا يُسَاوِى مائةً ، لم يَجُزْ ، وإن كان يُسَاوِى أَكْثَرَ ممَّا اشْتَرَاهُ به ؛ لأنَّه خَالَفَ أَمْرَهُ ، ولم يُحَصِّلْ غَرَضَه .

فصل : وإن وَكَّلَهُ فى شِرَاءِ شاةٍ بدِينَارٍ ، فاشْتَرَى شاتَيْنِ تُسَاوِى كلُّ واحِدَةٍ منهما أقَلَّ من دِينَارٍ . لم يَقَعِ البَيْعُ[٣٦] لِلْمُوَكِّلِ . وإن كانت كلُّ واحِدَةٍ منهما تُسَاوِى دِينَارًا . أو إحْدَاهُما تُسَاوِى / دِينَارًا والأُخْرَى أقَلَّ من دِينَارٍ ، صَحَّ ، ولَزِمَ المُوَكِّلَ . وهذا المَشْهُورُ من مذهبِ الشّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَقَعُ لِلْمُوَكِّلِ إحْدَى الشّاتَيْنِ بِنِصْفِ دِينارٍ ، والأُخْرَى لِلْوَكِيلِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ إلَّا بإلْزَامِه عُهْدَةَ شَاةٍ واحِدَةٍ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ أعطَى عُرْوَةَ بن الجَعْدِ دِينَارًا، فقال: «اشْتَرِ لنا به شاةً». قال: فأَتَيْتُ الجَلَبَ ، فاشْتَرَيْتُ شاتَيْنِ بدِينَارٍ ، فجِئْتُ أسُوقُهما ، أو أَقُودُهُما ، فلَقِيَنِى رَجُلٌ بالطَّرِيقِ ، فسَاوَمَنِى ، فبِعْتُ منه شاةً بدِينَارٍ ، فأَتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ بالدِّينَارِ والشَّاةِ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، هذا دِينَارُكُم ، وهذه شَاتُكم . قال : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » فحَدَّثْتُه الحَدِيثَ ، قال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِه »[٣٧] . ولأنَّه حَصَّلَ له المَأْذُونَ فيه وزِيَادَةً من جِنْسِه تَنْفَعُ ولا تَضُرُّ ، فوَقَعَ ذلك له ، كما لو قال[٣٨] : بِعْهُ بِدِينارٍ . فباعَهُ بدِينَارَيْنِ ، وما ذَكَرَهُ يَبْطُلُ بالبَيْعِ . فإن باعَ الوَكِيلُ إحْدَى الشّاتَيْنِ بغيرِ أَمْرِ المُوَكِّلِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، البَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه باعَ مالَ مُوَكِّلِه بغير أَمْرِه[٣٩] ، فلم يَجُزْ ،

١٧٩/٤ و

---

(٣٥) فى ا : « خالف » .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٩٥ .

(٣٨) فى ا ، م زيادة : « له » .

(٣٩) فى ب : « إذنه » .

كبَيْعِ الشّاتَيْنِ . والثانى ، إن كانت الباقِيَةُ تُساوِى دِينارًا جازَ ، لِحَدِيثِ عُرْوَةَ (٤٠ بن الجَعْدِ ٤٠) البارِقِىِّ ، ولأنَّه حَصَّلَ له المَقْصُودَ ، والزِّيادَةُ لو كانت غيرَ الشّاةِ جازَ ، فجازَ له إبْدَالُها بغيرِها . وظَاهِرُ كلامِ أحمدَ صِحَّةُ البَيْعِ ؛ لأنَّه أخذَ بحَدِيثِ عُرْوَةَ وذَهَبَ إليه . وإذا قُلْنا : لا يجوزُ له بَيْعُ الشّاةِ . فباعَها ، فهل يَقَعُ البَيْعُ باطِلًا أو صَحِيحًا مَوْقوفًا على إجازَةِ المُوَكِّلِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا أصْلٌ لكلِّ مَنْ تَصَرَّفَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ووَكِيلٍ خالَفَ (٤١) مُوَكِّلَهُ ، هل يَقَعُ باطِلًا أو يَصِحُّ ويَقِفُ على إجَازَةِ المالِكِ ؟ فيه رِوَايتَانِ . وللشّافِعِىِّ فى صِحَّةِ البَيْعِ هٰهُنا وَجْهانِ .

فصل : وإذا وَكَّلَهُ فى شِرَاءِ سِلْعَةٍ مَوْصُوفةٍ ، لم يَجُزْ أن يَشْتَرِيَها إلَّا سَلِيمَةً ؛ لأنَّ إطْلَاقَ البَيْعِ يَقْتَضِى السَّلَامةَ ، ولذلك جازَ الرَّدُّ بالعَيْبِ . فإن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه اشْتَرَى غيرَ ما أُذِنَ له فيه ، وإن لم يَعْلَمْ عَيْبَهُ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه إنَّما يَلْزَمُه شِرَاءُ الصَّحِيحِ فى الظّاهِرِ ، لِعَجْزِه عن التَّحَرُّزِ عن شِرَاءِ مَعِيبٍ لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، فإذا عَلِمَ عَيْبَه مَلَكَ رَدَّهُ ؛ لأنَّه قائِمٌ فى الشِّرَاءِ مَقامَ المُوَكِّلِ ، ولِلْمُوَكِّلِ رَدُّه أيضا ؛ لأنَّ المِلْكَ له ، فإن حَضَرَ قبلَ رَدِّ الوَكِيلِ ، ورَضِىَ بالعَيْبِ ، لم يكُنْ لِلْوَكِيلِ رَدُّه ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، بِخِلَافِ المُضارِبِ ، فإنَّ له الرَّدَّ وإن رَضِىَ رَبُّ المالِ ؛ لأنَّ له حَقًّا فلا يَسْقُطُ بِرِضَى غيرِه ، وإن لم يَحْضُرْ ، فأرَادَ الوَكِيلُ الرَّدَّ ، فقال له البائِعُ : تَوَقَّفْ حتى يَحْضُرَ المُوَكِّلُ ، فرُبّما رَضِىَ بالعَيْبِ . لم يَلْزَمْهُ ذلك ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ فَوَاتَ الرَّدِّ لِهَرَبِ البائِعِ ، وفَوَاتَ الثَّمنِ بِتَلَفِه ، وإن أَخَّرَهُ بناءً على هذا القول ، فلم يَرْضَ به المُوَكِّلُ ، لم يَسْقُطْ رَدُّه . وإن قُلْنا : الرَّدُّ على الفَوْرِ ؛ لأنَّه أَخَّرَهُ بإذْنِ البائِعِ فيه . وإن قال البائِعُ : مُوَكِّلُكَ قد عَلِمَ العَيْبَ فرَضِيَهُ . لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا بِبَيِّنةٍ ، فإن لم يكُنْ له بَيِّنَةٌ لم يُسْتَحْلَفِ الوَكِيلُ ، إلَّا أن يَدَّعِىَ عِلْمَه ، فيَحْلِف على نَفْيِ العِلْمِ . وبهذا/قال الشّافِعِىُّ . وعن أبى حنيفةَ أنَّه لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّه لو حَلَفَ كان نَائِبًا فى اليَمِينِ ، وليس بِصَحِيحٍ ، فإنَّه لا نِيَابَةَ هٰهُنا ، ١٧٩/٤ ظ

(٤٠ - ٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) فى ا ، ب ، م : « يخالف » .

وإنما يَحْلِفُ على نَفْيِ عِلْمِه ، وهذا لا يَنُوبُ فيه عن أحدٍ . فإن رَدَّ الوَكِيلُ ، وحَضَرَ المُوَكِّلُ ، وقال : بَلَغَنِى العَيْبُ ، ورَضِيتُ به . فصَدَّقَهُ[42] البائعُ ، أو قامَتْ به بَيِّنةٌ ، لم يَقَع الرَّدُّ مَوْقِعَه ، وكان لِلْمُوَكِّلِ اسْتِرْجَاعُه ، ولِلْبائِعِ رَدُّه عليه ؛ لأنَّ رِضَاهُ به عَزَلَ الوَكِيلَ عن الرَّدِّ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو عَلِمَه لم يكُنْ له الرَّدُّ ، إلَّا أن نقولَ : إنَّ الوَكِيلَ لا يَنْعزِلُ حتى يَعْلَمَ العَزْلَ . وإن رَضِىَ الوَكِيلُ العَيْبَ[43] ، أو أمْسَكَه إمْساكًا يَنْقَطِعُ به الرَّدُّ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ ، فأرَادَ الرَّدَّ ، فله ذلك إن صَدَّقَهُ البائعُ أنَّ الشِّرَاءَ له ، أو قامَتْ به بَيِّنةٌ . وإن كَذَّبَهُ ولم تكُنْ به بَيِّنةٌ ، فحَلَفَ[44] البائعُ أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّ الشِّرَاءَ له ، فليس له رَدُّهُ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ مَن اشْتَرَى شيئا فهو له ، ويَلْزَمُ الوَكِيلَ ، وعليه غَرَامَةُ الثَّمَنِ . وهذا كله مذهبُ الشّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفةَ : لِلْوَكِيلِ شِرَاءُ المَعِيبِ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ فى البَيْعِ مُطْلَقًا (45 يَدْخُلُ المَعِيبُ 45) فى إطْلَاقِه ، ولأنَّه أمِينُه فى الشِّرَاءِ ، فجازَ له شِرَاءُ المَعِيبِ ، كالمُضَارِبِ . ولَنا ، أنَّ البَيْعَ بإطْلَاقِه يَقْتَضِى الصَّحِيحَ دونَ المَعِيبِ ، فكذلك الوَكَالَةُ فيه ، ويُفَارِقُ المُضَارَبةَ من حيثُ إنَّ المَقْصُودَ فيها الرِّبْحُ ، والرِّبْحُ يَحْصُلُ من المَعِيبِ كحُصُولِه من الصَّحِيحِ ، والمَقْصُودُ من الوَكَالةِ شِرَاءُ ما يَقْتَنِى أو يَدْفَعُ به حاجَتَهُ ، وقد يكون العَيْبُ مانِعًا من قَضَاءِ الحاجَةِ به ومن قُنْيَتِه ، فلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ . وقد ناقَضَ أبو حنيفةَ أصْلَه ؛ فإنَّه قال فى قوله تَعالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[46] : لا تجوزُ العَمْياءُ ولا مَعِيبَةٌ عَيْبًا يَضُرُّ بالعَمَلِ . وقال هٰهُنا : يجوزُ لِلْوَكِيلِ شِرَاءُ الأعْمَى والمُقْعَدِ ومَقْطُوعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ .

فصل : وإن أمَرَهُ بشِرَاءِ سِلْعَةٍ بِعَيْنِها ، فاشْتَرَاها ، فوَجَدَها مَعِيبَةً ، احْتَمَلَ أنَّ له

---

(42) فى ب ، م : « صدقه » .

(43) فى م : « المعيب » .

(44) فى ب ، م : « فحلفه » .

(45 - 45) سقط من : ب .

(46) سورة المجادلة ٣ .

الرَّدَّ ؛ لأنَّ الأَمْرَ يَقْتَضِي السَّلامةَ ، فأَشْبَهَ ما لو وَكَّلَهُ فى شِرَاءِ مَوْصُوفةٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الرَّدَّ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ قَطَعَ نَظَرَهُ بالتَّعْيِينِ ، فربَّما رَضِيَهُ على جَمِيعِ صِفَاتِه . وإن عَلِمَ عَيْبَهُ قبل شِرَائِه ، فهل له شِرَاؤُه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ أيضا ، مَبْنِيَّيْنِ على رَدِّه إذا عَلِمَ عَيْبَه بعد شِرَائِه . إن قُلْنا : يَمْلِكُ رَدَّه . فليس له شِرَاؤُه ؛ لأنَّ العَيْبَ إذا جَازَ به الرَّدُّ بعدَ العَقْدِ فَلأَنْ يَمْنَعَ من الشِّرَاءِ أَوْلَى . وإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ الرَّدَّ ثَمَّ . فله الشِّرَاءُ هٰهُنا ؛ لأنَّ تَعْيِينَ المُوَكِّلِ قَطَعَ نَظَرَهُ واجْتِهَادَه فى جَوَازِ الرَّدِّ ، فكذلك فى الشِّرَاءِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى الوَكِيلُ لِمُوَكِّلِه شيئا بإِذْنِه ، انْتَقَلَ المِلْكُ من البائِعِ إلى المُوَكِّلِ ، ولم يَدْخُلْ فى مِلْكِ الوَكِيلِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَدْخُلُ فى مِلْكِ الوَكِيلِ ، ثم يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالوَكِيلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو اشْتَرَاهُ بأَكْثَرَ من ثَمَنِه دَخَلَ فى مِلْكِه ، ولم يَنْتَقِلْ إلى المُوَكِّلِ . ولَنا ، أنَّه قَبِلَ عَقْدًا لغيره صَحَّ له ، فوَجَبَ أن يَنْتَقِلَ المِلْكُ إليه ، كالأَبِ والوَصِىِّ ، / وكما[47] لو تَزَوَّجَ له . (١٨٠/٤و) وقولُهم: إن حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ به. غير مُسَلَّمٍ. ويَتَفَرَّعُ عن هذا أنَّ المُسْلِمَ لو وَكَّلَ ذِمِّيًّا فى شِرَاءِ خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، فاشْتَرَاهُ له ، لم يَصِحَّ الشِّرَاءُ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ ، ويَقَعُ لِلذِّمِّىِّ ؛ لأنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم ، لأنَّهم يَتَموَّلُونَها ويَتَبَايَعُونَها ، فصَحَّ[48] تَوْكِيلُهُم فيها كسَائِرِ أَمْوَالِهم . ولَنا ، أنَّ كلَّ ما لا يجوزُ لِلْمُسْلِمِ العَقْدُ عليه ، لا يجوزُ أن يُوَكِّلَ فيه ، كتَزَوُّجِ[49] المَجُوسِيَّةِ . وبهذا خالَفَ سائِرَ أَمْوَالِهم . وإذا باعَ الوَكِيلُ بِثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، ثَبَتَ المِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ فى الثَّمَنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ المَبِيعِ . وإن كان الثمَنُ فى الذِّمَّةِ ، فلِلْوَكِيلِ والمُوَكِّلِ المُطَالَبَةُ به . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس لِلْمُوَكِّلِ المُطَالَبَةُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالوَكِيلِ دُونَه ، ولهذا يَتَعَلَّقُ مَجْلِسُ الصَّرْفِ والخِيَارِ به دون مُوَكِّلِه ، فكذلك القَبْضُ . ولَنا ، أنَّ هذا دَيْنٌ لِلْمُوَكِّلِ يَصِحُّ قَبْضُه له ، فمَلَكَ

---

(٤٧) سقطت الواو من : الأصل .

(٤٨) فى ب : « فيصح » .

(٤٩) فى ا ، ب ، م : « كتزويج » .

الْمُطَالَبَةَ به ، كسائِرِ دُيُونه التى وَكَّلَ فيها ، ويُفَارِقُ مَجْلِسَ العَقْدِ ؛ لأَنَّ ذلك من شُرُوطِ العَقْدِ ، فتَتَعَلَّقُ بالعاقِدِ ، كالإِيجابِ والقَبُولِ . وأما الثَّمَنُ فهو حَقٌّ لِلْمُوَكِّلِ ومالٌ من أَمْوالِه[٥٠] ، فكانت له الْمُطَالَبَةُ به . ولا نُسَلِّمُ أَنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ به ، وإِنَّما تَتَعَلَّقُ بالمُوَكِّلِ ، وهى تَسْلِيمُ الثَّمَنِ ، وقَبْضُ المَبِيعِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ ، وضَمَانُ الدَّرَكِ . فأَمَّا ثَمَنُ ما اشْتَرَاهُ إذا كان فى الذِّمَّةِ فإنه يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ المُوَكِّلِ أَصْلًا ، وفى ذِمَّةِ الوَكِيلِ تَبَعًا ، كالضَّامِنِ ، وللبائِعِ مُطَالَبَةُ مَن شَاءَ منهما ، فإن أَبْرَأَ الوَكِيلَ لم يَبْرَأ المُوَكِّلُ ، وإن أَبْرَأَ المُوَكِّلَ بَرِئَ الوَكِيلُ أيضا ، كالضَّامِنِ والمَضْمُونِ عنه سواء . وإن دَفَعَ الثَّمَنَ إلى البائِعِ ، فوَجَدَ به عَيْبًا ، فرَدَّهُ على الوَكِيلِ ، كان أمانَةً فى يَدِه . إن تَلِفَ[٥١] فهو من ضَمَانِ المُوَكِّلِ . ولو وَكَّلَ رَجُلًا يَتَسَلَّفُ له أَلْفًا فى كُرِّ حِنْطَةٍ ، ففَعَلَ ، مَلَكَ المُوَكِّلُ ثَمَنَها ، والوَكِيلُ ضَامِنٌ عن مُوَكِّلِه ، كما تَقَدَّمَ .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا : إذا دَفَعَ إلى رَجُلٍ ثَوْبًا لِيَبِيعَه ، ففَعَلَ ، فوَهَبَ له المُشْتَرِى مَنْدِيلًا ، فالمِنْدِيلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ . إنَّما قال ذلك لأَنَّ هِبَةَ المِنْدِيلِ سَبَبُها البَيْعُ ، فكان المِنْدِيلُ زِيَادَةً فى الثمَنِ ، والزِّيَادَةُ فى مَجْلِسِ العَقْدِ تَلْحَقُ به .

فصل : فى الشَّهادَةِ على الوَكَالَةِ ، إذا ادَّعَى الوَكَالَةَ ، وأَقامَ شَاهِدًا وامْرَأَتَيْنِ ، أو حَلَفَ مع شَاهِدِه ، فقال أصْحَابُنا فيها[٥٢] رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، تَثْبُتُ[٥٣] بذلك إذا كانت الوَكَالَةُ بمالٍ ؛ فإنَّ أحمدَ قال فى الرَّجُلِ يُوَكِّلُ ، ويُشْهِدُ على نَفْسِه رَجُلًا وامْرَأَتَيْنِ ، إذا كانت المُطَالَبَةُ بدَيْنٍ ، فأَمَّا غيرُ ذلك فلا . والثانية ، لا تَثْبُتُ إلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . نَقَلَها الخِرَقِيُّ بقولِه : ولا تُقْبَلُ فيما سِوَى / الأَمْوالِ مِمَّا[٥٤] يَطَّلِعُ ٤/١٨٠ظ

(٥٠) فى الأصل : « ماله » .

(٥١) فى الأصل : « تلفت » .

(٥٢) فى ب : « فيه » .

(٥٣) فى ب زيادة : « الوكالة » .

(٥٤) فى ب : « وما » .

عليه الرِّجَالُ لأَقَلَّ[٥٥] من رَجُلَيْنِ . وهذا قولُ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ إثْبَاتٌ لِلتَّصرُّفِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ قولُ الخِرَقِيِّ كالرِّوَايةِ الأُولَى ؛ لأنَّ الوَكَالَةَ فى المالِ يُقْصَدُ بها المالُ ، فتُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ مع الرَّجُلِ[٥٦] ، كالبَيْعِ والقَرْضِ . فإن شَهِدَا بوَكَالَتِه ، ثم قال أحَدُهما : قد عَزَلَهُ . لم تَثْبُتْ وَكَالَتُه بذلك[٥٧] ؛ لأنَّ أحَدَهما لم تَثْبُتْ وَكَالَتُه بذلك . وإن كان الشّاهِدُ بالعَزْلِ رَجُلًا غيرَهما ، لم يَثْبُتِ العَزْلُ بشَهَادَتِه وحدَه ؛ لأنَّ العَزْلَ لا يَثْبُتُ إلَّا بما يَثْبُتُ به التَّوْكِيلُ . ومتى عَادَ أحدُ الشّاهِدَيْنِ بالتَّوْكِيلِ ، فقال : قد عَزَلَهُ . لم يُحْكَمْ بشَهَادَتِهما ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن الشّهَادَةِ قبلَ الحُكْمِ بها . فلا يجوزُ لِلْحاكِمِ الحُكْمُ بما رَجَعَ عنه الشَّاهِدُ . وإن حَكَمَ الحاكِمُ بشَهَادَتِهما ، ثم عَادَ أحدُهما ، فقال : قد عَزَلَهُ بعد ما وَكَّلَهُ . لم يَلْتَفِتْ إلى قَوْلِه ؛ لأنَّ الحُكْمَ قد نَفَذَ بالشّهَادَةِ ، ولم يَثْبُتِ العَزْلُ . فإن قالا جَمِيعًا : قد كان عَزَلَهُ . ثَبَتَ العَزْلُ ؛ لأنَّ الشّهَادَةَ تَمَّتْ فى العَزْلِ ، كتَمَامِها فى التَّوْكِيلِ .

فصل : فإن شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَهُ يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهِدَ آخَرُ أنَّه وَكَّلَهُ يومَ السَّبْتِ ، لم تَتِمَّ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يومَ الجُمُعَةِ غيرُ التَّوْكِيلِ يومَ السَّبْتِ ، فلم تَكْمُلْ شَهَادَتُهما على فِعْلٍ واحِدٍ . وإن شَهِدَ أحَدُهما أنَّه أقَرَّ بتَوْكِيلِه يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه أقَرَّ به يومَ السَّبْتِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ الإقْرَارَيْنِ إخْبارٌ عن عَقْدٍ واحِدٍ ، ويَشُقُّ جَمْعُ الشُّهُودِ لِيُقِرَّ عِنْدَهُم حالةً واحدةً ، فيجوزُ[٥٨] له[٥٩] الإقْرَارُ عندَ كلِّ واحِدٍ وَحْدَه . وكذلك لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه أقَرَّ عنده بالوَكَالةِ بالعَرَبِيَّةِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه أقَرَّ بها بالعَجَمِيَّةِ ، ثَبَتَتْ . ولو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه بالعَرَبِيَّةِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنه وَكَّلَهُ

---

(٥٥) فى ا ، ب : « أقل » .
(٥٦) فى ا ، ب ، م : « الرجال » .
(٥٧) سقط من : ب .
(٥٨) فى ا ، م : « فجوز » .
(٥٩) سقط من : الأصل .

بالعَجمِيَّةِ ، لم تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ بالعَرَبِيَّةِ غيرُ التَّوْكِيلِ بالعَجَمِيَّةِ ، فلم تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ على فِعْلٍ واحدٍ . وكذلك لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه قال : وَكَّلْتُكَ . وشَهِدَ الآخَرُ ، أنَّه قال : أَذِنْتُ لك فى التَّصَرُّفِ . أو أنَّه قال : جَعَلْتُكَ وَكِيلًا . أو شَهِدَ[60] أنَّه قال : جَعَلْتُكَ جَرِيًّا . لم تَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . والجَرِيُّ : الوَكِيلُ . ولو قال أحَدُهما : أشْهَدُ أنَّه وَكَّلَهُ . وقال الآخَرُ : أشْهَدُ أنَّه أَذِنَ له فى التَّصَرُّفِ . تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّهما لم يَحْكِيَا لَفظَ المُوَكِّلِ ، وإنَّما عَبَّرَا عنه بِلَفظِهِما ، واخْتِلَافُ لَفظِهِما لا يُؤَثِّرُ إذا اتَّفَقَ مَعْنَاهُ . ولو قال أحَدُهما : أشْهَدُ أنَّه أقَرَّ عِنْدِى أنَّه وَكِيلُه[61] . وقال الآخَرُ : أشْهَدُ أنَّه أقَرَّ أنَّه جَرِيُّهُ . أو أنه أَوْصَى إليه بالتَّصَرُّفِ فى حَيَاتِه . ثَبَتَتِ الوَكَالةُ بذلك . وإن شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدِه ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه وَكَّلَهُ وزيدًا ، أو شَهِدَ أنه وَكَّلَهُ فى بَيْعِه ، وقال : لاتَبِعْهُ حتى تَسْتَأْمِرَنِى ، أو تَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . لم تَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ الأوَّلَ أثْبَتَ اسْتِقْلَالَهُ بالبَيْعِ من غيرِ شَرْطٍ . والثانى يَنْفِى ذلك ، فكانا مُخْتَلِفَيْنِ . وإن شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدِه ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه وَكَّلَهُ فى بَيْعِ عَبْدِه وجَارِيَتِه ، حَكَمَ بالوَكَالَةِ فى العَبْدِ ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا عليه ، وزِيَادَةُ الثانى لا تَقْدَحُ فى تَصَرُّفِه فى الأوَّلِ ، فلا تَضُرُّه . وهكذا لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِه لِزَيْدٍ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه وَكَّلَهُ فى بَيْعِهِ لَزيْدٍ وإن شاءَ لِعَمْرٍو .

فصل : / ولا تَثْبُتُ الوَكَالَةُ والعَزْلُ بخَبَرِ الواحِدِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : تَثْبُتُ الوَكَالَةُ بخَبَرِ الواحِدِ ، وإن لم يكُنْ ثِقَةً . ويجوزُ التَّصَرُّفُ لِلْمُخْبَرِ بذلك ، إذا غَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُ المُخْبِرِ ، بشَرْطِ الضَّمَانِ إن أنْكَرَ المُوَكِّلُ . ويَثْبُتُ العَزْلُ بخَبَرِ الواحِدِ إذا كان رَسُولًا ؛ لأنَّ اعْتِبارَ شاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ فى هذا يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعْتِبَارُه ، ولأنَّه أَذِنَ فى التَّصَرُّفِ ومَنَعَ منه ، فلم يُعْتَبَرْ فى هذا شُرُوطُ الشَّهَادَةِ ، كاسْتِخْدَامِ غُلَامِه . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ مَالِيٌّ ، فلا يَثْبُتُ بخَبَرِ الواحِدِ ، كالبَيْعِ ، وفارَقَ الاسْتِخْدَامَ ؛ فإنَّه ليس بعَقْدٍ . ولو شَهِدَ اثْنَانِ أن فُلَانًا الغائِبَ وَكَّلَ فُلَانًا الحاضِرَ ، فقال الوَكِيلُ : ما

١٨١/٤و

---

(٦٠) سقط من : م .

(٦١) فى ا ، ب ، م : « وكله » .

عَلِمْتُ هذا ، وأنا أتصرَّفُ عنه . ثَبَتَتِ الوَكَالَةُ ؛ لأنَّ مَعْنَى ذلك[62] أنِّى لم أعْلَمْ إلى الآن ، وقَبولُ الوَكَالَةِ يجوزُ مُتَرَاخِيًا ، وليس من شَرْطِ التَّوْكِيلِ حُضُورُ الوَكِيلِ ولا عِلْمه ، فلا يَضُرُّ جَهْلُه به . وإن قال : ما أعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدَيْنِ . لم تَثْبُتْ وَكَالَتُه ؛ لِقَدْحِه فى شَهادَتِهما . وإن قال : ما عَلِمْتُ . وسَكَتَ ، قيل له : فَسِّرْ . فإن فَسَّرَ بالأَوَّلِ ثَبَتَتْ وَكَالَتُه ، وإن فَسَّرَهُ بالثانى لم تَثْبُتْ .

فصل : ويَصِحُّ سَمَاعُ البَيِّنَةِ بالوَكَالَةِ على الغائِبِ ، وهو أن يَدَّعِىَ أن فُلَانًا الغائِبَ وَكَّلَنِى فى كذا . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ . بناءً على أن الحُكْمَ على الغائِبِ لا يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّه لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فى سَمَاعِ البَيِّنَةِ ، فلا يُعْتَبَرُ حُضُورُه كغيرِه . وإذا قال له مَن عليه الحَقُّ : احْلِفْ أنَّكَ تَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتِى . لم تُسْمَعْ دَعْوَاه ؛ لأنَّ ذلك طَعْنٌ فى الشّهادَةِ . وإن قال : قد عَزَلَكَ المُوَكِّلُ ، فاحْلِفْ أنَّه ما عَزَلَكَ . لم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى على المُوَكِّلِ ، واليَمِينُ لا تَدْخُلُها النِّيَابَةُ . وإن قال : أنْتَ تَعْلَمُ أنَّ مُوَكِّلَكَ قد عَزَلَكَ . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وإن طَلَبَ اليَمِينَ من الوَكِيلِ ، حَلَفَ أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّ مُوَكِّلَه عَزَلَهُ ؛ لأنَّ الدَّعْوَىَ عليه . وإن أقامَ الخَصْمُ بَيِّنَةً بالعَزْلِ ، سُمِعَتْ ، وانْعَزَلَ الوَكِيلُ .

فصل : وتُقْبَلُ شَهادَةُ الوَكِيلِ على مُوَكِّلِه ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ ، فإنَّه[63] لا يَجُرُّ بها نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ بها ضَرَرًا . وتُقْبَلُ شَهادَتُه له فيما لم يُوَكِّلْهُ فيه ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا . ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه لِه فيما هو وَكِيلٌ فيه ؛ لأنَّه يُثْبِتُ لِنَفْسِه حَقًّا ، بِدَلِيلِ أنَّه إذا وَكَّلَهُ فى قَبْضِ حَقٍّ ، فشَهِدَ به له ، ثَبَتَ اسْتِحْقاقُ قَبْضِه ، ولأنَّه خَصْمٌ فيه ، بِدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُ المُخَاصَمَةَ فيه . فإن شَهِدَ بما كان وَكِيلًا فيه بعد عَزْلِه ، لم تُقْبَلْ أيضا ، سواءٌ كان خاصَمَ فيه بالوَكَالَةِ أو لم يُخَاصِمْ . وبهذا قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان لم يُخَاصِمْ فيه ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه ، ولم يُخَاصِمْ فيه ، فأشْبَهَ ما لو[64] لم يكنْ وَكِيلًا فيه . وللشّافِعِىِّ قَوْلانِ كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أنَّه بِعَقْدِ الوَكَالَةِ صارَ

---

(٦٢) فى ب : « الكلام » .

(٦٣) فى ب : « فإنها » .

(٦٤) سقط من : الأصل .

خَصْمًا فيه ، فلم تُقْبَلْ شَهادَتُه فيه ، كما لو خاصَمَ فيه ، وفارَقَ ما لم يكُنْ وَكِيلًا فيه ؛ فإنَّه لم يكُنْ خَصْمًا فيه .

فصل : إذا كانت الأَمَةُ بين نَفْسَيْنِ ، فشَهِدَا أَنَّ زَوْجَها وَكَّلَ فى طَلَاقِها ، لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهما ؛ لأنَّهما يَجُرَّانِ إلى أنْفُسِهما نَفْعًا ، وهو زَوَالُ حَقِّ الزَّوْجِ من البُضْعِ الذى هو مِلْكُهما . وإن / شَهِدَا بعَزْلِ الوَكِيلِ فى الطَّلَاقِ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّهما يَجُرَّانِ إلى أنْفُسِهما نَفْعًا ، وهو إبقاءُ النَّفَقَةِ على الزَّوْجِ . ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنَي الرَّجُلِ له بالوَكالَةِ ، ولا أَبَوَيْهِ ؛ لأنَّهما يُثْبِتانِ له حَقَّ التَّصَرُّفِ ، ولا يَثْبُتُ للإِنْسَانِ حَقٌّ بشَهَادَةِ ابْنِه ولا أَبِيهِ . ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنَي المُوَكِّلِ ، ولا أَبَوَيْهِ بالوَكَالَةِ . وقال بعضُ الشّافِعِيَّةِ : تُقْبَلُ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ على المُوَكِّلِ يَسْتَحِقُّ به الوَكِيلُ المُطَالَبَةَ ، فقُبِلَتْ فيه شَهَادَةُ قَرَابةِ المُوَكِّلِ ، كالإِقْرَارِ . ولَنا ، أنَّ هذه شَهَادَةٌ يَثْبُتُ بها حَقٌّ لأَبِيهِ أو ابْنِه ، فلم تُقْبَلْ ، كشَهادَةِ ابْنَي الوَكِيلِ وأَبَوَيْهِ ، وذلك لأنَّهما يُثْبِتَانِ لأَبِيهِما نائبًا مُتَصَرِّفًا له ، وفارَقَ الشَّهادَةَ عليه بالإِقْرَارِ ، فإنَّها شَهادَةٌ عليه مُتَمَحِّضَةٌ[65] . ولو ادَّعَى الوَكِيلُ الوَكالَةَ ، فأنْكَرَها المُوَكِّلُ ، فشَهِدَ عليه ابْناهُ أو أَبَوَاهُ ، ثَبَتَتِ الوَكالَةُ وأُمْضِىَ[66] تَصَرُّفُهُ ؛ لأنَّ ذلك شَهادَةٌ عليه . وإن ادَّعَى المُوَكِّلُ أنَّه تَصَرَّفَ بوَكَالَتِه ، وأنْكَرَ الوَكِيلُ ، فشَهِدَ عليه أَبَوَاهُ أو ابْناهُ ، قُبِلَ أيضا ؛ لذلك . وإن ادَّعَى وَكِيلٌ لِمُوَكِّلِه الغائِبِ حَقًّا ، وطَالَبَ به ، فادَّعَى الخَصْمُ [67]أنّ المُوَكِّلَ[67] عَزَلَهُ ، وشَهِدَ له بذلك ابْنَا المُوَكِّلِ ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما ، وثَبَتَ العَزْلُ بها ؛ لأنَّهما يَشْهَدانِ على أبِيهما . وإن لم يَدَّعِ الخَصْمُ عَزْلَه ، لم تُسْمَعْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما يَشْهَدانِ لمن لا يَدَّعِيهَا . فإن قَبَضَ الوَكِيلُ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ ، وادَّعَى أنَّه كان قد عَزَلَ الوَكِيلَ ، وأنَّ حَقَّهُ باقٍ فى ذِمَّةِ الغَرِيمِ ، وشَهِدَ له ابْنَاهُ ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما يُثْبِتَانِ حَقًّا لأَبِيهما . ولو ادَّعَى مُكَاتَبٌ الوَكَالَةَ ،

(٦٥) فى م : « متحمضة » خطأ .

(٦٦) فى الأصل : « أو أمضى » .

(٦٧-٦٧) فى الأصل : « أنه » .

فشَهِدَ له سَيِّدُه ، أو ابْنَا سَيِّده ، أو أبَوَاهُ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُ[٦٨] لِعَبْدِه ، وابْنَاهُ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ أبِيهما ، والأَبَوانِ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ ابْنِهما . فإن عُتِقَ ، فأعَادَ الشَّهَادَةَ ، فهل تُقْبَلُ ؟ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

فصل : إذا حَضَرَ رَجُلانِ عند الحاكِمِ ، فأقَرَّ أحَدُهما أنَّ الآخَرَ وَكَّلَهُ ، ثم غابَ المُوَكِّلُ ، وحَضَرَ الوَكِيلُ ، فقَدَّمَ خَصْمًا لِمُوَكِّله ، وقال : أنا وَكِيلُ فُلانٍ . فأنْكَرَ الخَصْمُ كَوْنَه وَكِيلَه ، فإن قُلْنا : لا يَحْكُمُ الحاكِمُ بعِلْمِه . لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ بوَكَالَتِه . وإن قُلْنا : يَحْكُمُ بِعِلْمِه . وكان الحاكِمُ يَعْرِفُ المُوَكِّلَ بِعَيْنِه واسْمِه ونَسَبِه ، صَدَّقَهُ ، ومَكَّنَهُ من التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّ مَعْرِفَتَه كالبَيِّنَةِ . وإن عَرَفَهُ بِعَيْنِه دون اسْمِه ونَسَبِه ، لم يَقْبَلْ قَوْلَه ، حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ عندَه بالوَكَالَةِ ؛ لأنَّه يُرِيدُ تَثْبِيتَ نَسَبِه عندَه بقَوْلِه ، فلم يَقْبَلْ .

فصل : ولو حَضَرَ عندَ الحاكِمِ رَجُلٌ ، فادَّعَى أنَّه وَكِيلُ فُلانٍ الغائِبِ ، فى شىءٍ عَيَّنَهُ ، وأحْضَرَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ له بالوَكَالَةِ ، سَمِعَها الحاكِمُ . ولو ادَّعَى حَقًّا لمُوَكِّلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِه ، لم يَسْمَعِ الحاكِمُ دَعْوَاهُ . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْمَعُها إلَّا أن يُقَدِّمَ خَصْمًا من خُصَماءِ المُوَكِّلِ ، فيَدَّعِى عليه حَقًّا ، فإذا أجَابَ المُدَّعَى عليه حِينَئِذٍ يَسْمَعُ الحاكِمُ / البَيِّنَةَ ، فحَصَلَ الخِلافُ بيْننا فى حُكْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ الحاكِمَ عِنْدَنا يَسْمَعُ البَيِّنَةَ على الوَكَالَةِ مِن غير حُضُورِ خَصْمٍ[٦٩] ، وعنده لا يَسْمَعُ . والثانى ، أنَّه لا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِمُوَكِّلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِه ، وعندَه تُسْمَعُ . وبَنَى أبو حنيفةَ على أصْلِه فى أنَّ القَضَاءَ على الغائِبِ لا يجوزُ ، وسَمَاعُ البَيِّنَةِ بالوَكَالةِ[٧٠] من غيرِ خَصْمٍ قَضَاءٌ على الغائِبِ ، وأنَّ الوَكَالَةَ لا تُلْزِمُ الخَصْمَ ، ما لم يُجِبِ الوَكِيلُ عن

١٨٢/٤ و

---

(٦٨) فى الأصل ، ا : « شهد » .

(٦٩) فى الأصل : « خصمين » .

(٧٠) فى ا : « بالوكيل » .

دَعْوَى الخَصْمِ أنَّكَ لَسْتَ بوَكِيلٍ . ولَنا ، أنَّه إثْبَاتٌ لِلْوَكَالَةِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُضُورِ المُوَكِّلِ عليه ، كما لو كان المُوَكِّلُ عليه جَمَاعَةً فأُحْضِرَ واحدٌ منهم ، فإنَّ الباقِينَ لا يُفْتَقَرُ إلى حُضُورِهِم ، كذلك هٰهُنا . والدَّلِيلُ على أن الدَّعْوَى لا تُسْمَعُ قبل ثُبُوتِ الوَكَالَةِ ، أنَّها لا تُسْمَعُ إلَّا من خَصْمٍ يُخَاصِمُ عن نَفْسِه أو عن مُوَكِّلِه ، وهذا لا يُخَاصِمُ عن نَفْسِه ، ولم يَثْبُتْ أنه وَكِيلٌ لمن يَدَّعِي له ، فلا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ، كما لو ادَّعَى لمن لم يَدَّعِ وَكَالَتَه ، وفى هذا الأَصْلِ جَوَابٌ عما ذَكَرَهُ .

فصل : ولو حَضَرَ رَجُلٌ ، وادَّعَى على غائِبٍ مالًا فى وَجْهِ وَكِيلِه ، فأنْكَرَهُ ، فأقَامَ بَيِّنَةً بما ادَّعَاهُ ، حَلَّفَهُ الحاكِمُ ، وحَكَمَ له بالمالِ . فإذا حَضَرَ المُوَكِّلُ ، وجَحَدَ الوَكَالَةَ ، أو ادَّعَى أنَّه كان قد عَزَلَهُ ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى الحُكْمِ ؛ لأنَّ القَضاءَ على الغائِبِ لا يَفْتَقِرُ إلى حُضُورِ وَكِيلِه .

فصل : إذا قال : بِعْ هذا الثَّوْبَ بعَشَرَةٍ ، فما زَادَ عليها فهو لك . صَحَّ ، واسْتَحَقَّ[71] الزِّيَادَةَ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ ابنَ عَبَّاسٍ كان لا يَرَى بذلك بَأْسًا ، ولأنَّه يَتَصَرَّفُ فى مالِه بإذْنِه ، فصَحَّ شَرْطُ الرِّبْحِ له فى الثانى ، كالمُضَارِبِ والعامِلِ فى المُسَاقَاةِ .

---

(71) فى ا : « ويستحق » .

كِتابُ الإقْرارِ بالحُقوقِ

الإقْرَارُ : هو الاعْتِرَافُ . والأَصْلُ فيه الكِتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمَّا الكِتَابُ فقَوْلُه تعالى : ﴿ وإذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَـٰقَ ٱلنَّبِيِّينَ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ ﴾[2] . وقال تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَىٰ ﴾[3] . فى آيٍ كَثِيرَةٍ مثل هذا . وأمَّا السُّنَّةُ فما رُوِىَ أنَّ ماعِزًا أقَرَّ بالزِّنَى ، فرَجَمَهُ رسولُ الله ﷺ ، وكذلك الغَامِدِيَّة ، وقال : « وَٱغْدُيَا أُنَيْسُ عَلَى ٱمْرَأَةِ هٰذَا ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا »[4] . وأمَّا الإجْماعُ ، فإنَّ الأئِمَّةَ[5] أجْمَعَتْ على صِحَّةِ الإقْرارِ . ولأنَّ الإقْرَارَ إخْبَارٌ على وَجْه يَنْفِى عنه التُّهْمَةَ والرِّيبَةَ ، فإنَّ العاقِلَ لا يَكْذِبُ على نَفْسِه كَذِبًا يَضُرُّ بها ، ولهذا كان آكَدَ من الشَّهادَةِ ، فإنَّ المُدَّعَى عليه إذا اعْتَرَفَ لا تُسْمَعُ عليه الشَّهادَةُ ، وإنما تُسْمَعُ إذا أنْكَرَ ، ولو كَذَّبَ المُدَّعِى بَيِّنَةٍ لم تُسْمَعْ ، وإن كَذَّبَ المُقِرَّ ثم صَدَّقَه سُمِعَ .

فصل : ولا يَصِحُّ الإقْرارُ إلَّا من عاقِلٍ مُخْتارٍ . فأمَّا الطِّفْلُ ، والمَجْنُونُ ، والمُبَرْسَمُ[6] ، والنائِمُ ، والمُغْمَى عليه ، فلا يَصِحُّ إقْرَارُهم . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا .

---

(١) سورة آل عمران ٨١ .

(٢) سورة التوبة ١٠٢ .

(٣) سورة الأعراف ١٧٢ .

(٤) تقدم حديث ماعز ، والحديث الذى يذكر فيه أنيس ، فى صفحة ٢٠١ .

وحديث الغامدية أخرجه مسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنا ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٢ ، ١٣٢٣ .

(٥) فى ا : « الأمة » .

(٦) المبرسم : من به علة يهذى .

وقد قال عليه (٧) الصَّلاةُ و (٧) السَّلَامُ : « رُفِعَ القَلَمُ عن ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وعَنِ النَّائِمِ حتى يَسْتَيْقِظَ »(٨) . فنصَّ على / الثَّلاثَةِ ، والمُبَرْسَمُ والمُغْمَى عليه فى مَعْنَى المَجْنُونِ والنائِمِ . ولأنّه قَوْلٌ من غائِبِ العَقْلِ ، فلم يَثْبُتْ له حُكْمٌ ، كالبَيْعِ والطَّلَاقِ . وأما الصَّبِىُّ المُمَيِّزُ ، فإن كان مَحْجُورًا عليه ، لم يَصِحَّ إقْرارُه ، وإن كان مَأْذُونًا له ، صَحَّ إقْرَارُه فى قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه . قال أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ، فى اليَتِيمِ : إذا أُذِنَ له فى التِّجارَةِ وهو يَعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ ، فبَيْعُه وشِرَاؤُه جائِزٌ . وإن أقَرَّ أنّه اقْتَضَى شَيْئًا من مالِه ، جازَ بقَدْرِ ما أذِنَ له وَلِيُّه فيه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أبى موسى : إنَّما يَصِحُّ إقْرارُه فيما أُذِنَ له فى التِّجارَةِ فيه ، فى الشَّىْءِ اليَسِيرِ . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ إقْرارُه بحالٍ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّه غيرُ بالِغٍ ، فأشْبَهَ الطِّفْلَ ، ولأنَّه لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ولا رِوَايَتُه ، فأشْبَهَ الطِّفْلَ . ولَنا ، أنَّه عاقِلٌ مُخْتَارٌ ، يَصِحُّ تَصَرُّفُه ، فصَحَّ إقْرارُه ، كالبالِغِ ، وقد دَلَّلْنا على صِحَّةِ تَصَرُّفِه فيما مَضَى ، والخَبَرُ مَحْمُولٌ على رَفْعِ التَّكْلِيفِ والإِثْمِ . فإن أقَرَّ(٩) مُراهِقٌ غيرُ مَأْذُونٍ له ، ثم اخْتَلَفَ هو والمُقَرُّ له فى بُلُوغِه ، فالقولُ قولُه ، إلَّا أن تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِبُلُوغِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ الصِّغَرُ . ولا يَحْلِفُ المُقِرُّ ؛ لأنَّنا حَكَمْنا بعَدَمِ بُلُوغِه ، إلَّا أن يَخْتَلِفا بعدَ ثُبُوتِ بُلُوغِه ، فعليه اليَمِينُ أنَّه حِينَ أقَرَّ لم يكُنْ بَالِغًا . ومن زَالَ عَقْلُه بِسَبَبٍ(١٠) مُباحٍ ، أو مَعْذُور فيه ، فهو كالمَجْنُونِ ، لا يُسْمَعُ إقْرارُه . بلا خِلَافٍ . وإن كان بمَعْصِيَةٍ ، كالسَّكْرانِ ، ومَن شَرِبَ ما يُزِيلُ عَقْلَه عامِدًا لغير حاجَةٍ ، لم يَصِحَّ إقْرارُه . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ بناءً على وُقُوعِ طَلَاقِه . وهو مَنْصُوصُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ أفعالَه تَجْرِى مَجْرَى الصَّاحِى . ولَنا ، أنّه غير

١٨٢/٤ ظ

(٧ - ٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٥٠ .

(٩) فى م زيادة : « من هو » .

(١٠) فى ا : « لسبب » .

عاقِلٍ ، فلم يَصِحّ إقْرارُه ، كالمَجْنُونِ الذى سَبَّبَ جُنُونَهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، ولأنَّ السَّكْرَانَ لا يُوثَقُ بِصِحَّةِ ما يقولُ ، ولا تَنْتَفِى عنه التُّهْمَةُ فيما يُخْبِرُ به ، فلم يُوجَدْ مَعْنَى الإقْرارِ المُوجِبِ لِقَبُولِ قَوْلِه . وأمَّا المُكْرَهُ فلا يَصِحُّ إقْرارُه بما أُكْرِهَ على الإقْرارِ به . وهذا مذهبُ الشّافِعِىّ ؛ لقولِ رَسولِ الله ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِى الخَطَأُ والنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ »[11] . ولأنَّه قَوْلٌ أُكْرِهَ عليه بغيرِ حَقٍّ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ . وإن أقَرَّ بغيرِ ما أُكْرِهَ عليه ، مثل أن يُكْرَهَ على الإقْرارِ لِرَجُلٍ ، فأقَرَّ لغيرِه ، أو بنَوْعٍ من المالِ ، فيُقِرَّ بغيرِه ، أو على الإقْرارِ بطَلَاقِ امْرَأةٍ ، فأقَرَّ بطَلَاقِ أُخْرَى ، أو أقَرَّ بِعِتْقِ عَبْدٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه أقَرَّ بما لم يُكْرَهْ عليه ، فصَحَّ ، كما لو أقَرَّ به ابْتِدَاءً . ولو أُكْرِهَ على أداءِ مالٍ ، فبَاعَ شيئا من مالِه لِيُؤَدِّىَ ذلك ، صَحَّ بَيْعُه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه لم يُكْرَهْ على البَيْعِ . ومن أقَرَّ بحَقٍّ ، ثم ادَّعَى أنَّه كان مُكْرَهًا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، سواءٌ أقَرَّ عند السُّلْطانِ أو عندَ غيرِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإكْرَاهِ ، إلَّا أن يكونَ هناك دَلَالَةٌ على الإكْرَاهِ ، كالقَيْدِ والحَبْسِ والتَّوْكِيلِ[12] به ، فيكونُ القولُ قولَه مع يَمِينِه ؛ لأن هذه الحال تَدُلُّ على الإكْرَاهِ . ولو ادَّعَى أنَّه كان زائِلَ العَقْلِ حال إقْرارِه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الأَصْلَ السَّلَامَةُ حتى يُعْلَمَ غيرُها . ولو شَهِدَ الشُّهُودُ بإقْرارِه ، لم تَفْتَقِرْ صِحَّةُ الشَّهادةِ إلى أن يَقُولُوا طَوْعًا فى صِحَّةِ عَقْلِه ؛ لأنَّ الظاهِرَ سَلَامَةُ الحالِ وصِحَّةُ الشَّهادَةِ . وقد ذَكَرْنا حُكْمَ / إقْرارِ السَّفِيهِ والمُفْلِسِ والمَرِيضِ فى أبْوابِه . وأمَّا العَبْدُ فيَصِحُّ إقْرارُه بالحَدِّ والقِصَاصِ فيما دون النَّفْسِ ؛ لأنَّ الحَقَّ له دُونَ مَوْلَاهُ . ولا يَصِحُّ إقْرَارُ المَوْلَى عليه ؛ لأنَّ المَوْلَى لا يَمْلِكُ من العَبْدِ إلَّا المالَ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إقْرَارُ المَوْلَى عليه بما يُوجِبُ القِصاصَ ، ويَجِبُ المالُ دُونَ القِصاصِ ؛ لأنَّ المالَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِه ، وهى مالُ السَّيِّدِ ، فصَحَّ إقْرارُه به ، كجِنايَةِ الخَطَأِ . وأمَّا إقْرارُه بما يُوجِبُ القِصَاصَ فى النَّفْسِ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّه لا يُقْبَلُ ، ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وبه قال زُفَرُ ، والمُزَنِىُّ ، ودَاوُدُ ، وابنُ جَرِيرٍ الطَّبَرِىّ ؛ لأنَّه يُسْقِطُ حَقَّ سَيِّدِه بإقْرارِه ، فأشْبَهَ الإقْرارَ بقَتْلِ الخَطَأِ ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ فى أنَّه

١٨٣/٤و

---

(١١) تقدم تخريجه فى : ١ / ١٤٦ .

(١٢) فى م : « والتنكيل » . ووكَّل به ، أى ألزمه من يؤذيه .

يُقِرُّ لِرَجُلٍ لِيَعْفُوَ عنه ، وَيَسْتَحِقَّ أَخْذَه ، فيَتَخَلَّصُ بذلك من سَيِّده . واخْتَارَ أبو الخَطَّابِ أنَّه يَصِحُّ إقْرَارُه به . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فصَحَّ إقْرَارُه به ، كما دُونَ النَّفْسِ . وبهذا الأَصْلِ يَنْتَقِضُ دَلِيلُ الأَوَّلِ . ويَنْبَغِى على هذا القَوْلِ أن لا يَصِحَّ عَفْوُ وَلِىِّ الجِنَايةِ على مالٍ إلَّا باخْتِيارِ سَيِّده ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى إيجَابِ المالِ على سَيِّده بإقْرَارِ غيرِه ، فلا يُقْبَلُ إقْرَارُ العَبْدِ بجنايةِ الخَطَأِ ، ولا شِبْهِ العَمْدِ ، ولا بِجِنَايَةِ عَمْدٍ مُوجِبُها المالُ ، كالجائِفَةِ والمَأْمُومَةِ[١٣] ، لأنَّه إيجَابُ حَقٍّ فى رَقَبَتِه ، وذلك يَتَعَلَّقُ بحَقِّ المَوْلَى . ويُقْبَلُ إقْرَارُ المَوْلَى عليه ؛ [١٤]لأنَّه إيجَابُ حَقٍّ فى مالِه . وإن أقَرَّ بسَرِقَةٍ مُوجِبُها المالُ ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه ، ويُقْبَلُ إقْرَارُ المَوْلَى عليه[١٤] ؛ لما ذَكَرْنَا . وإن كان مُوجِبُها القَطْعُ والمالُ ، فأقَرَّ بها العَبْدُ ، وَجَبَ قَطْعُه ، ولم يَجِب المالُ ، سواءٌ كان ما أقَرَّ بسَرِقَتِه باقِيًا ، أو تَالِفًا فى يَدِ السَّيِّدِ أو يَدِ العَبْدِ . قال أحمدُ ، فى عَبْدٍ أقَرَّ بسَرِقَةِ دَرَاهِمَ فى يَدِه أنَّه سَرَقَها من رَجُلٍ ، والرَّجُلُ يَدَّعِى ذلك ، وسَيِّدُه يُكَذِّبُه : فالدَّرَاهِمُ لِسَيِّدِه ، ويُقْطَعُ العَبْدُ ، ويُتْبَعُ بذلك بعد العِتْقِ . وللشّافِعِىِّ فى وُجُوبِ المالِ فى هذه الصُّورَةِ وَجْهَانِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ القَطْعُ ؛ لأنَّ ذلك شُبْهَةٌ ، فيُدْرَأُ بها القَطْعُ ، لكَوْنِه حَدًّا يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ وذلك لأنَّ العَيْنَ التى يُقِرُّ بسَرِقَتِها لم يَثْبُتْ حُكْمُ السَّرِقَةِ فيها ، فلا يَثْبُتُ حُكْمُ القَطْعِ بها . وإن أقَرَّ العَبْدُ بِرِقِّه لغيرِ مَن هو فى يَدِه ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه بالرِّقِّ[١٥] ؛ لأنَّ الإقْرَارَ[١٦] بالرِّقِّ إقْرارٌ بالمِلْكِ ، والعَبْدُ لا يُقْبَلُ إقْرَارُه بحالٍ ، ولأنَّنا لو قَبِلْنَا إقْرَارَه ، أضْرَرْنَا بِسَيِّدِه ، لأنَّه إذا شَاءَ أقَرَّ لغيرِ سَيِّده ، فأَبْطَلَ مِلْكَه . وإن أقَرَّ به السَّيِّدُ لِرَجُلٍ ، وأقَرَّ هو لآخَرَ ، فهو للذى أقَرَّ له السَّيِّدُ ؛ لأنَّه فى يَدِ السَّيِّدِ ، لا فى يَدِ نَفْسِه ، ولأنَّ السَّيِّدَ لو أقَرَّ به مُنْفَرِدًا قُبِلَ . ولو أقَرَّ العَبْدُ مُنْفَرِدًا لم

---

(١٣) الجائفة : طعنة تبلغ الجوف . والمأمومة : الشجة بلغت أم الرأس .

(١٤ - ١٤) سقط من : ب .

(١٥) سقط من : ا ، ب .

(١٦) فى ا ، ب : « إقراره » .

يُقْبَلْ ، فإذا لم يُقْبَلْ إقْرَارُ العَبْدِ مُنْفَرِدًا فكيف يُقْبَلُ مع[17] [18]مُعَارَضَتِه لإقْرَارِ[18] السَّيِّدِ . ولو قُبِلَ إقْرَارُ العَبْدِ ، لَما قُبِلَ إقْرَارُ السَّيِّدِ ، كالحَدِّ وجِنَايَةِ العَمْدِ . وأمَّا المُكَاتَبُ فحُكْمُه حُكْمُ الحُرِّ فى صِحَّةِ إقْرَارِه . ولو أقَرَّ بجِنَايَةِ خَطأً صَحَّ إقْرَارُه ، فإن عَجَزَ بِيعَ فيها إن لم يَفْدِهِ سَيِّدُه . وقال أبو حنيفةَ : يُسْتَسْعَى فى الكِتابَةِ ، وإن عَجَزَ بَطَلَ إقْرَارُه بها ، سَوَاءٌ قُضِىَ بها أو لم يُقْضَ . وعن الشّافِعِىّ كقَوْلِنا . وعنه أنَّه مُرَاعًى إن أدَّى لَزِمَهُ ، وإن عَجَزَ بَطَلَ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ لَزِمَه[19] فى كِتَابَتِه ، فلا يَبْطُلُ بعَجْزِه ، كالإقْرَارِ بالدَّيْنِ . وعلى الشّافِعِىِّ ، أنَّ المُكَاتَبَ فى يَدِ نَفْسِه ، فصَحَّ إقْرَارُه بالجِنَايَةِ ، كالحُرِّ .

فصل : ويَصِحُّ الإقْرارُ لكلِّ مَن /يَثْبُتُ له الحَقُّ . فإذا أُقِرَّ لِعَبْدٍ[20] بِنِكَاحٍ أو قِصَاصٍ أو تَعْزِيرِ القَذْفِ ، صَحَّ الإقْرَارُ له ، صَدَّقَهُ المَوْلَى أو كَذَّبَهُ ؛ لأنَّ الحَقَّ له دون سَيِّدِه . وله المُطَالَبَةُ بذلك ، والعَفْوُ عنه ، وليس لِسَيِّدِه مُطَالَبَةٌ[21] به ولا عَفْوٌ . وإن كَذَّبَهُ العَبْدُ ، لم يُقْبَلْ . وإن أُقِرَّ له بمالٍ ، صَحَّ ، ويكونُ لِسَيِّدِه ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ كيَدِ سَيِّدِه . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : إن قُلْنا : يَمْلِكُ المالَ . صَحَّ الإقْرَارُ له . وإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ . كان الإقْرارُ لِمَوْلاهُ ، يَلْزَمُ بِتَصْدِيقِه ويَبْطُلُ بِرَدِّه . وإن أَقَرَّ لِبَهِيمَةٍ أو دارٍ ، لم يَصِحَّ إقْرَارُه لها ، وكان باطِلًا ؛ لأنَّها لا تَمْلِكُ المالَ مُطْلَقًا ، ولا يَدَ لها . وإن قال : علَىَّ بِسَبَبِ هذه البَهِيمَةِ . لم يكُنْ إقْرارًا لأحَدٍ ، ولأنَّه لم يَذْكُرْ لِمَنْ هى ، ومِن شَرْطِ صِحَّةِ الإقْرَارِ ذِكْرُ المُقَرِّ له . وإن قال : لِمَالِكِها أو لِزَيْدٍ علَىَّ بِسَبَبِها أَلْفٌ . صَحَّ الإقْرَارُ . وإن قال : بِسَبَبِ حَمْلِ هذه البَهِيمَةِ . لم يَصِحَّ ، إذ لا يُمْكِنُ إيجابُ شَىْءٍ بِسَبَبِ الحَمْلِ .

فصل : وإن أَقَرَّ لِحَمْلِ امْرَأَةٍ بمالٍ ، وعَزَاهُ إلى إرْثٍ أو وَصِيَّةٍ ، صَحَّ ، وكان

---

(١٧) فى الأصل : « فى » .

(١٨–١٨) فى ا ، ب : « معارضة إقرار » .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) فى ا : « للعبد » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « مطالبته » .

لِلْحَمْلِ . وإن أَطْلَقَ ، فقال أبو عبدِ الله ابن حامِدٍ : يَصِحُّ . وهو أصَحُّ قَوْلَي الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَمْلِكَ بوَجْهٍ صَحِيحٍ ، فصَحَّ له الإقْرارُ المُطْلَقُ ، كالطِّفْلِ . فعلَى هذا ، إن وَلَدَتْ ذَكَرًا أو أُنْثَى ، كان بينهما نِصْفَيْنِ . وإن عَزاهُ إلى إرْثٍ أو وَصِيَّةٍ ، كان بينهما على حَسَبِ اسْتِحْقاقِهِما لذلك . وقال أبو الحَسَنِ التَّمِيمِيُّ : لا يَصِحُّ الإقْرارُ إلَّا أن يَعْزِيَهُ[22] إلى إرْثٍ أو وَصِيَّةٍ . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ، والقولُ الثانى لِلشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بغيرِهما . فإن وَضَعَتِ[23] الوَلَدَ مَيِّتًا ، وكان قد عَزَا الإقْرارَ إلى إرْثٍ أو وَصِيَّةٍ ، عادَتْ إلى وَرَثَةِ المُوصِى ومَوْرُوثِ الطِّفْلِ ، وإن أطْلَقَ الإقْرارَ ، كُلِّفَ ذِكْرَ السَّبَبِ ، فيُعْمَلُ بقَوْله ، فإن تَعَذَّرَ التَّفْسِيرُ بمَوْتِه أو غيرِه ، بَطَلَ إقْرارُه ، كمَن أقَرَّ لِرَجُلٍ لا يَعْرِفُ مَن أرادَ بإقْرارِه . وإن عَزَا الإقْرارَ إلى جِهَةٍ غيرِ صَحِيحَةٍ ، فقال : لهذا الحَمْلِ علَيَّ أَلْفٌ أَقْرَضَنِيها ، أو وَدِيعَةٌ أخَذْتُها منه . فعلَى قولِ التَّمِيمِيِّ ، الإقْرارُ باطِلٌ ، وعلى قولِ ابنِ حامِدٍ ، يَنْبَغِي أن يَصِحَّ إقْرارُه ؛ لأنَّه وَصَلَ إقْرارَه بما يُسْقِطُه ، فيَسْقُطُ ما وَصَلَهُ به ، كما لو قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ لا تَلْزَمُنِي . وإن قال : له علَيَّ أَلْفٌ جَعَلْتُها له . أو نحوَ ذلك ، فهى عِدَةٌ لا يُؤْخَذُ بها . ولا يَصِحُّ الإقْرارُ لِحَمْلٍ إلَّا إذا تُيُقِّنَ أنَّه كان مَوْجُودًا حالَ الإقْرارِ على ما تَبَيَّنَ[24] فى مَوْضِعِه . وإن أقَرَّ لِمَسْجِدٍ أو مَصْنَعٍ أو طَرِيقٍ ، وعَزاهُ إلى سَبَبٍ صَحِيحٍ ، مثل أن يقول : مِن غَلَّةِ وَقْفِه . صَحَّ . وإن أطْلَقَ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ .

٨٤٩ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أقَرَّ بِشَىءٍ ، وَاسْتَثْنَى مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ بَاطِلًا ، إلَّا أنْ يَسْتَثْنِيَ عَيْنًا مِنْ وَرِقٍ ، أوْ وَرِقًا من عَيْنٍ**)

فى هذه المسألة فَصْلَانِ :

أوَّلُهما : أنَّه لا يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ فى الإقْرارِ من غيرِ الجِنْسِ ، وبهذا قال زُفَرُ ، ومحمدُ

---

(٢٢) كذا . وصوابه : « يعزوه » .

(٢٣) فى م : « ولدت » .

(٢٤) فى ب ، م : « بين » .

ابن الحَسَنِ . وقال أبو حنيفةَ : إن استَثْنَى مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، جازَ ، وإن استَثْنَى عَبْدًا أو ثَوْبًا من مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ ، لم يَجُزْ . وقال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ : يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ من غيرِ الجِنْسِ مُطْلَقًا ؛ لأنَّه وَرَدَ فى الكِتَابِ العَزِيزِ ولُغَةِ العَرَبِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُوا۟ لِءَادَمَ فَسَجَدُوٓا۟ إِلَّآ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ ٱلْجِنِّ ﴾[1] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا * إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا ﴾[2] . وقال الشاعِرُ[3] :

وبَلْـــدَةٍ ليس بها أَنِـــيسُ
إِلَّا الْيَعَافِيــرُ ، وإِلَّا العِــيْسُ

١٨٤/٤و / وقال آخر[4] :

.... عَيَّتْ جَوابًا وما بالرَّبْعِ مِن أحَدِ
إلَّا أوارِىُّ لَأْيامـــا أُبَيِّنُهـــا ....

ولَنا أنَّ الاسْتِثْناءَ صَرْفُ اللَّفْظِ بِحَرْفِ الاسْتِثْناءِ عمَّا كان يَقْتَضِيهِ لَوْلَاهُ . وقيل : هو[5] إخْراجُ بعضِ ما تَنَاوَلَهُ المُسْتَثْنَى منه ، مُشْتَقٌّ من ثَنَيْتُ فُلَانًا عن رَأْيِه . إذا صَرَفْتَه عن رَأْيٍ كان عَازِمًا عليه . وثَنَيْتُ عِنَانَ دَابَّتِى . إذا صَرَفْتَها به عن وِجْهَتِها التى كانت تَذْهَبُ إليها . وغيرُ الجِنْسِ المَذْكُورِ ليس بِدَاخِلٍ فى الكلامِ ، فإذا ذَكَرَهُ ، فما صَرَفَ الكَلَامَ عن صَوْبِه ، ولا ثَنَاهُ عن وَجْهِ اسْتِرْسَالِه ، فلا يكونُ اسْتِثْناءً ، وإنَّما سُمِّىَ[6]

---

(١) سورة الكهف ٥٠ .

(٢) سورة الواقعة ٢٥ ، ٢٦ .

(٣) الرجز لجران العود ، وهو من الشواهد النحوية . انظر معجم شواهد العربية ٤٨١ .
واليعافير : جمع يعفور ، وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية أيضا . والعيس : إبل بيض يخالط بياضها شقرة .

(٤) هو النابغة الذبيانى . ديوانه ٢ ، ٣ .
وصدر الأول : *وقفتُ فيها أُصيلًا لا أُسائِلُها*
وعجز الثانى : *والنُّؤْىُ كالحوضِ بالمظلومةِ الجَلَدِ*

(٥) سقط من : ا ، ب .

(٦) فى الأصل : « يسمى » .

اسْتِثْناءً تَجَوُّزًا ، وإنَّما هو فى الحَقِيقَةِ اسْتِدْرَاكٌ . « وإلَّا » هٰهُنا بمعنى « لكِن » . هكذا قال أهْلُ العَرَبِيَّةِ ؛ منهم ابنُ قُتَيْبَةَ ، وحَكَاهُ عن سِيبوَيْه . والاسْتِدْرَاكُ لا يَأْتِى إلَّا بعدَ الجَحْدِ ، ولذلك لم يَأْتِ الاسْتِثْناءُ فى الكِتَابِ العَزِيزِ من غيرِ الجِنْسِ إلَّا بعدَ النَّفْيِ ، ولا يَأْتِى بعدَه الإِثْبَاتُ ، إلَّا أن يُوجَدَ بعدَه جُمْلَةٌ . وإذا تَقَرَّرَ هذا ، فلا مدْخَلَ للاسْتِدْرَاكِ فى الإِقْرَارِ ؛ لأنَّه إثْبَاتٌ لِلْمُقرِّ به ، فإذا ذَكَرَ الاسْتِدْرَاكَ بعدَه كان باطِلًا ، وإن ذَكَرَه بعدَ جُمْلَةٍ ، كأَنْ قال : له عِنْدِى مائةُ دِرْهَمٍ إلَّا ثَوْبًا لى عليه . فيكونُ مُقِرًّا بشىءٍ مُدَّعِيًا لشىءٍ[7] سِوَاهُ ، فيُقْبَلُ إقْرَارُه ، وتَبْطُلُ دَعْوَاهُ ، كما لو صَرَّحَ بذلك بغيرِ لَفْظِ الاسْتِثْناءِ . وأمَّا قولُه تعالى : ﴿ فَسَجَدُوٓاْ إِلَّآ إِبْلِيسَ ﴾ . فإنَّ إبْلِيسَ كان من المَلَائِكَةِ ، بدَلِيلِ أنَّ اللهَ تعالى لم يَأْمُرْ بالسُّجُودِ غَيْرَهم ، فلو لم يكُنْ منهم لَما كان مَأْمُورًا بالسُّجُودِ ، ولا عاصِيًا بتَرْكِه ، ولا قال اللهُ تعالى فى حَقِّهِ : ﴿ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ ﴾[8] . ولا قال : ﴿ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ ﴾[9] . وإذا لم يكُنْ مَأْمُورًا فلم أنْكَسَهُ اللهُ وأَهْبَطَه ودَحَرَهُ ؟ ولم يَأْمُر اللهُ تعالى بالسُّجُودِ إلَّا المَلَائِكَةَ . فإن قالوا : بل قد تَنَاوَلَ الأَمْرُ المَلَائِكَةَ ومَن كان معهم ، فدَخَلَ إبْلِيسُ فى الأَمْرِ لكَوْنِه معهم . قُلْنا : قد سَقَطَ اسْتِدْلَالُكُم ، فإنَّه متى كان إبْلِيسُ[10] داخِلًا فى المُسْتَثْنَى منه ، مَأْمُورًا بالسُّجُودِ ، فاسْتِثْنَاؤُه من الجِنْسِ ، وهذا ظَاهِرٌ لمن أنْصَفَ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . فعلَى هذا ، متى قال : له عَلَىَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ إلَّا ثَوْبًا . لَزِمَهُ الأَلْفُ ، وسَقَطَ الاسْتِثْناءُ ، بمَنْزِلَةِ ما لو قال : له عَلَىَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، لكنْ لى عليه ثَوْبٌ .

الفصل الثانى : إذا اسْتَثْنَى عَيْنًا من وَرِقٍ ، أو وَرِقًا من عَيْنٍ ، فاخْتَلَفَ أصْحَابُنا فى صِحَّتِه ؛ فذَهَبَ أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ إلى أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنا . وهو قولُ محمدِ بن

---

(7) فى ا : « بشىء » .

(8) سورة الكهف ٥٠ .

(9) سورة الأعراف ١٢ .

(10) سقط من : م .

الحَسَنِ . وقال ابنُ أبى موسى : فيه رِوَايَتانِ . واخْتَارَ الخِرَقِىُّ صِحَّتَهُ ؛ لأنَّ قَدْرَ أحدِهما مَعْلُومٌ من الآخَرِ ، ويُعَبَّرُ بأحَدِهما عن الآخَرِ ، فإنَّ قَوْمًا يُسَمُّونَ تِسْعَةَ دَرَاهِمَ دِينَارًا ، وآخَرُونَ يُسَمُّونَ ثمانِيَةَ دَرَاهِمَ[11] دِينارًا ، فإذا اسْتَثْنَى أحَدَهُما من الآخَرِ ، عُلِمَ أنَّه أرَادَ التَّعْبِيرَ بأحَدِهِما عن الآخَرِ ، فإذا قال : له علىَّ دِينَارٌ إلَّا ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ ، فى مَوْضِعٍ يُعَبَّرُ فيه بالدِّينَارِ عن تِسْعَةٍ ، كان مَعْنَاهُ : له علىَّ تِسْعَةُ دَرَاهِم إلَّا ثَلاثَةً . ومتى[12] أمْكَنَ حَمْلُ الكَلَامِ على وَجْهٍ صَحِيحٍ ، لم يَجُزْ إلْغَاؤُه ، وقد أمكنَ بهذا الطَّرِيقِ ، فوَجَبَ تَصْحِيحُه . وقال أبو الخَطَّابِ : لا فَرْقَ بين العَيْنِ والوَرِقِ وبينَ غيرِهما ، فيَلْزَمُ من صِحَّةِ اسْتِثْناءِ أحَدِهما من الآخَرِ صِحَّةُ اسْتِثْناءِ الثِّيابِ وغيرِها . وقد ذَكَرْنا الفَرْقَ . ويمكنُ الجَمْعُ بين الرِّوَايَتَيْنِ بحَمْلِ رِوَايَةِ الصِّحَّةِ على ما إذا كان أحَدُهما يُعَبَّرُ به عن الآخَرِ ، أو يُعْلَمُ قَدْرُه منه ، ورِوَايَةِ البُطْلَانِ على ما إذا انْتَفَى ذلك ، واللهُ أعلمُ .

١٨٤/٤ظ **فصل** : ولو ذَكَرَ نَوْعًا من جِنْسٍ ، واسْتَثْنَى / نَوْعًا آخَرَ من ذلك[13] الجِنْسِ ، مثل أن يقولَ : له علىَّ عَشَرَةُ آصُعٍ تَمْرًا بَرْنِيًّا ، إلَّا ثَلاثَةً تَمْرًا مَعْقِلِيًّا . لم يَجُزْ ؛ لما ذَكَرْناه فى[14] الفَصْلِ الأوَّلِ . ويُخَالِفُ العَيْنَ والوَرِقَ ؛ لأنَّ قِيمَةَ أحَدِ النَّوْعَيْنِ غيرُ مَعْلُومَةٍ من الآخَرِ ، ولا يُعَبَّرُ بأحَدِهما عن الآخَرِ . ويَحْتَمِلُ على قولِ الخِرَقِىِّ جَوَازُهُ ؛ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ من النَّوْعَيْنِ ، فهما كالعَيْنِ والوَرِقِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ العِلَّةَ[15] الصَّحِيحَةَ فى العَيْنِ والوَرِقِ غيرُ ذلك .

فصل : فأما اسْتِثْنَاءُ بعضِ ما دَخَلَ فى المُسْتَثْنَى منه ، فجَائِزٌ بغيرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ؛ فإنَّ ذلك فى[16] كَلَامِ العَرَبِ ، وقد جاء فى الكِتَابِ والسُّنَّةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَلَبِثَ

---

(١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١٢) فى ا ، ب ، م : « ومهما » .
(١٣) سقط من : ب .
(١٤) فى الأصل ، م : « من » .
(١٥) فى ب زيادة : « فى » .
(١٦) سقط من : ا ، ب .

فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾[17] . وقال : ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَـٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾[18] . وقال النبيُّ ﷺ فى الشَّهِيدِ : « يُكَفَّرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إِلَّا الدَّيْنَ »[19] . وهذا فى الكِتَابِ والسُّنَّةِ كَثِيرٌ ، وفى سائِرِ كَلَامِ العَرَبِ . فإذا أَقَرَّ بشَىْءٍ ، واسْتَثْنَى منه ، كان مُقِرًّا بالباقِى بعدَ الاسْتِثْناءِ ، فإذا قال : له علىَّ مائةٌ إلَّا عَشرَةً . كان مُقِرًّا بِتِسْعِينَ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ يَمْنَعُ أن يَدْخُلَ فى اللَّفْظِ ما لَوْلَاهُ لَدَخَلَ ، فإنَّه لو دَخَلَ لَما[20] أَمْكَنَ إِخْرَاجُه ، ولو أَقَرَّ بالعَشَرَةِ المُسْتَثْناة لَما قُبِلَ منه إنْكارُها . وقَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ . إخْبارٌ بِتِسْعِمائة وخَمْسِينَ ، فالاسْتِثْناءُ بَيَّنَ أن الخَمْسِينَ المُسْتَثْناةَ غيرُ مُرادَةٍ ، كما أن التَّخْصِيصَ يُبَيِّنُ أنَّ المَخْصُوصَ غيرُ مُرادٍ باللَّفْظِ العَامِّ ، وإن قال : (21هذه الدَّارُ لِزَيْدٍ[22] إلَّا هذا البيتَ . كان مُقِرًّا بما سِوَى البيتِ منها . وكذلك إن قال21) : إلَّا ثُلُثَها ، أو رُبْعَها . صَحَّ ، وكان مُقِرًّا بالباقِى بعدَ المُسْتَثْنَى . وكذلك إن قال : هذه الدَّارُ له ، وهذا البَيْتُ لِى . صَحَّ أيضا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الاسْتِثْنَاءِ ، لكَوْنِه أَخْرَجَ بعضَ ما دَخَلَ فى اللَّفْظِ الأَوَّلِ بكَلَامٍ مُتَّصِلٍ . وإن قال : له هؤلاءِ العَبِيدِ إلَّا هذا . صَحَّ ، وكان مُقِرًّا بمن سِوَاه منهم . وإن قال : إلَّا واحِدًا . صَحَّ ؛ لأنَّ الإِقْرارَ يَصِحُّ مَجْهُولًا ، فكذلك الاسْتِثْناءُ منه ، ويُرْجَعُ فى

---

(17) سورة العنكبوت 14 .

(18) سورة الحجر 30 ، وسورة ص 73 .

(19) أخرجه مسلم ، فى : باب من قتل فى سبيل الله كفرت خطاياه إلا الدين ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم 3 / 1501 ، 1502 . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب الشهداء ، وباب ما جاء فى من يستشهد وعليه دين ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى 7 / 138 ، 204 . والنسائى ، فى : باب من قاتل فى سبيل الله تعالى وعليه دين ، من كتاب الجهاد . المجتبى 6 / 28 – 30 . والإمام مالك ، فى : باب الشهداء فى سبيل الله ، من كتاب الجهاد . الموطأ 2 / 461 . والإمام أحمد ، فى : المسند 2 / 308 ، 330 ، 3 / 352 ، 373 ، 5 / 297 ، 304 ، 308 ، 330 .

(20) فى ب : « ما » .

(21 – 21) جاء فى م متأخرا بعد قوله : « المستثنى » الآتى .

(22) فى ا ، ب : « لى » .

تَعْيِينِ المُسْتَثْنَى إليه ، لأنَّ الحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بقَوْلِه ، وهو أعْلَمُ بمُرَادِه به . وإن عَيَّنَ مَن عَدَا المُسْتَثْنَى ، صَحَّ ، وكان الباقِى له . فإن هَلَكَ العَبِيدُ إلَّا واحِدًا ، فذَكَرَ أنَّه المُسْتَثْنَى ، قُبِلَ . ذَكَرَهُ القاضى . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يُقْبَلُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو الوَجْهُ الثانى لأصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يُرْفَعُ به الإقْرَارُ كلُّه . والصَّحِيحُ أنَّه يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يُقْبَلُ تَفْسِيرُه به[23] فى حَياتِهم لِمَعْنًى هو مَوْجُودٌ بعد مَوْتِهم ، فقُبِلَ كحَالَةِ حَيَاتِهم ، وليس هذا رَفْعًا لِلإقْرَارِ ، وإنما تَعذَّرَ تَسْلِيمُ المُقَرِّ به لِتَلَفِه ، لا لِمَعْنًى يَرْجِعُ إلى التَّفْسِيرِ ، فأشْبَه مالو عَيَّنَهُ فى حَيَاتِهِم ، فتَلِفَ بعد تَعْيِينِه . وإن قُتِلَ الجَمِيعُ إلَّا واحِدًا ، قُبِلَ تَفْسِيرُه بالباقِى ، وَجْهًا واحِدًا . وإن قُتِلَ الجَمِيعُ ، فله قِيمَةُ أحَدِهم ، ويُرْجَعُ فى التَّفْسِيرِ إليه . وإن قال : غَصَبْتُكَ هؤلاءِ العَبِيدَ إلَّا واحِدًا . فهَلَكُوا إلَّا واحِدًا ، قُبِلَ تَفْسِيرُه به ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ المُقَرَّ له يَسْتَحِقُّ قِيمَةَ الهالِكِينَ ، فلا يُفْضِى التَّفْسِيرُ بالباقِى إلى سُقُوطِ الإقْرَارِ ، بخِلافِ التى قبلَها .

فصل : وحُكْمُ الاسْتِثْناءِ بسائِرِ أدَوَاتِه حُكْمُ الاسْتِثْناءِ بإلَّا ، فإذا قال : له علَىَّ عَشَرَةٌ سِوَى دِرْهَمٍ ، أو ليس دِرْهَمًا ، أو خَلَا دِرْهَمًا ، أو عَدَا دِرْهَمًا ، أو ما خَلَا / أو ما عَدَا دِرْهَمًا ، أو لا يكونُ دِرْهَمًا[24] أو غيرَ دِرْهَمٍ . بفَتْحِ الرَّاءِ ، كان مُقِرًّا بِتِسْعَةٍ . وإن قال : غيرُ دِرْهَمٍ ، بضَمِّ رائها ، وهو من أهلِ العَرَبِيَّة ، كان مُقِرًّا بعَشَرَةٍ ، لأنَّها تكونُ صِفَةً لِلْعَشَرَةِ المُقِرِّ بها ، ولا يكونُ اسْتِثْناءً ، فإنَّها لو كانت اسْتِثْناءً كانت مَنْصُوبةً ، وإن لم يكُنْ من أهْلِ العَرَبِيَّةِ ، لَزِمَهُ تِسْعَةٌ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه إنما يُرِيدُ الاسْتِثْنَاءَ ، لكنَّه رَفَعَها جَهْلًا منه بالعَرَبِيَّةِ ، لا قَصْدًا لِلصِّفَةِ .

١٨٥/٤و

فصل : ولا يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ إلَّا أن يكونَ مُتَّصِلًا بالكَلَامِ ، فإن سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُه

---

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) فى الأصل ، م : « درهم » .

الكَلَامُ فيه ، أو فَصَلَ بين المُسْتَثْنَى منه والمُسْتَثْنَى بكَلَامٍ أجْنَبِىٍّ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه إذا سَكَتَ أو عَدَلَ عن إقْرَارِه إلى شىءٍ آخَرَ ، اسْتَقَرَّ حُكْمُ ما أقَرَّ به ، فلم يَرْتَفِعْ ، بخِلَافِ ما إذا كان فى كَلَامِه ، فإنَّه لا يَثْبُتُ حُكْمُه ، ويَنْتَظِرُ ما يَتِمُّ به كَلَامُهُ ، ويَتَعَلَّقُ به حُكْمُ الاسْتِثْنَاءِ والشَّرْطِ والعَطْفِ والبَدَلِ ونحوِه .

فصل : ولا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ بغيرِ خِلَافٍ ؛ لأنَّ الاسْتِثْنَاءَ رَفْعُ بعضِ ما تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، واسْتِثْنَاءُ الكُلِّ رَفْعُ الكُلِّ ، فلو صَحَّ صارَ الكلامُ (٢٥كله لَغْوًا٢٥) غيرَ مُفِيدٍ ، فإن قال : له علَىَّ دِرْهَـمٌ ودِرْهَـمٌ إلَّا دِرْهَمًـا . أو ثَلَاثَـةُ دَرَاهِـمَ(٢٦) ودِرْهَمَـانِ إلَّا دِرْهَمَيْنِ . أو ثَلَاثَةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفًا ، أو إلَّا دِرْهَمًا . أو خَمْسَةٌ وتِسْعُونَ إلَّا خَمْسَةً . لم يَصِحَّ الاسْتِثْناءُ ، ولَزِمَهُ جَمِيعُ ما أقَرَّ به قبلَ الاسْتِثْناءِ . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ . وهو الذى يَقْتَضِيه مذهبُ أبى حنيفةَ . وفيه وَجْهٌ آخَر ، أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ الواوَ العاطِفَةَ تَجْمَعُ بين العَدَدَيْنِ، وتَجْعَلُ الجُمْلَتَيْنِ كالجُمْلَةِ الواحِدَةِ، ومن أصْلِنا أنَّ الاسْتِثْناءَ إذا تَعَقَّبَ جُمَلًا مَعْطُوفًا بعضُها على بعضٍ بالواوِ ، عادَ إلى جَمِيعِها ، كقَوْلِنا فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا وَأُولَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ۝ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا ﴾(٢٧) : إنَّ الاسْتِثْنَاءَ عادَ إلى الجُمْلَتَيْنِ ، فإذا تابَ القاذِفُ قُبِلَتْ شَهادَتُه . ومن ذلك قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا يُؤَمَّنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فى سُلْطَانِه ، وَلَا يُجْلَسْ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إلَّا بِإذْنِه »(٢٨) . والوَجْهُ الأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ الوَاوَ لم تُخْرِجِ الكَلَامَ من أن يكونَ جُمْلَتَيْنِ ، والاسْتِثْناء يَرْفَعُ إحْدَاهما جَمِيعًا ، ولا نَظِيرَ لهذا فى كلامِهِم ، ولأنَّ صِحَّةَ الاسْتِثْناءِ تَجْعَلُ إحْدَى الجُمْلَتَيْنِ مع الاسْتِثْناءِ لَغْوًا ، لأنَّه أثْبَتَ شيئا بلَفْظٍ مُفْرَدٍ ، ثم رَفَعَهُ كلَّه ، فلا يَصِحُّ ، كما لو اسْتَثْنَى منها وهى غيرُ مَعْطُوفَةٍ على بعضِها(٢٩) ، فأمَّا الآيةُ والخَبَرُ ، فإنَّ الاسْتِثْنَاءَ لم يَرْفَعْ إحْدَى

(٢٥ – ٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٧) سورة النور ٤ ، ٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٤٢ .

(٢٩) فى ا ، ب : « غيرها » .

الجُمْلَتَيْنِ ، إنَّما أخْرَجَ من الجُمْلَتَيْنِ معًا مَن اتَّصَفَ بِصِفَةٍ ، فنَظِيرُه مالو قال لِلبَوَّابِ : مَن جاءَ يَسْتَأْذِنُ فَأْذَنْ له ، وأعْطِهِ دِرْهَمًا ، إلَّا فُلَانًا . ونَظِيرُ مَسْأَلَتِنا مالو قال : أَكْرِمْ زَيْدًا وعَمْرًا إلَّا عَمْرًا . وإن قال : له علَيَّ دِرْهَمَانِ وثَلاثَةٌ إلَّا دِرْهَمَيْنِ . لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه يَرْفَعُ الجُمْلَةَ الأُولَى كُلَّها ، فأشْبَهَ مالو قال : أَكْرِمْ زَيْدًا وعَمْرًا إلَّا زَيْدًا . وإن قال : له علَيَّ ثَلاثَةٌ وثَلاثَةٌ إلَّا دِرْهَمَيْنِ ، خُرِّجَ فيه[30] وَجْهَانِ ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى أكْثَرَ الجُمْلَةِ التى تَلِيه ، واسْتِثْنَاءُ الأكْثَرِ فاسِدٌ ، كاسْتِثْنَاءِ الكُلِّ .

فصل : وإن اسْتَثْنَى اسْتِثْناءً بعد اسْتِثْناءٍ ، وعَطَفَ الثانى على الأوَّلِ ، كان مُضَافًا إليه . فإذا قال : له عَلَيَّ عَشَرَةٌ إلَّا ثَلَاثَةً ، وإلا دِرْهَمَيْنِ . كان مُسْتَثْنِيًا لِخَمْسَةٍ مُبْقِيًا لِخَمْسَةٍ . وإن كان الثانى غيرَ مَعْطُوفٍ على الأوَّلِ ، كان اسْتِثْنَاءً من الاسْتِثْناءِ ، وهو جائِزٌ فى اللُّغَةِ ، قد جاءَ فى كلامِ اللهِ تعالى فى قوله : ﴿ قَالُوٓاْ إِنَّآ أُرْسِلْنَآ إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ * إِلَّآ / آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ قَدَّرْنَآ إِنَّهَا لَمِنَ ٱلْغَٰبِرِينَ ﴾[31] . فإذا كان صَدْرُ الكلامِ إثْباتًا ، كان الاسْتِثْنَاءُ الأوَّل نَفْيًا والثانى إثْباتًا ، فإن اسْتَثْنَى اسْتِثْناءً ثَالِثًا ، كان نَفْيًا[32] يَعُودُ كل اسْتِثْنَاء إلى ما يَلِيه من الكَلَامِ ، فإذا قال : له علَيَّ[33] عَشَرَةٌ إلَّا ثَلَاثَةً إلَّا دِرْهَمًا . كان مُقِرًّا بِثَمانِية ؛ لأنَّه أثْبَتَ عَشَرَةً ، ثم[34]نَفَى منها ثلاثةً[34] وأثْبَتَ دِرْهَمًا ، وبَقِىَ من الثَّلَاثَةِ المَنْفِيَّةِ[35] دِرْهَمَانِ مُسْتَثْنَيَانِ من العَشَرَةِ ، فيَبْقَى منها ثَمَانِية ، وسَنَزِيدُ لهذا الفَصْلِ فُرُوعًا[36] فى مَسْأَلَة اسْتِثْناءِ الأكْثَرِ .

٤/١٨٥ظ

(٣٠) فى م : « فيها » .

(٣١) سورة الحجر ٥٨ – ٦٠ .

(٣٢) فى ب زيادة : « بغير » .

(٣٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٤ – ٣٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٥) فى الأصل : « المثبتة » .

(٣٦) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل : إذا قال : له هذه الدَّارُ هِبَةً ، أو سُكْنَى ، أو عَارِيَّةً . كان إقْرارًا بما أُبْدَلَ به كَلَامه ، ولم يكُنْ إقْرارًا بالدَّارِ ؛ لأنَّه رَفَعَ بآخِرِ كَلَامِه بعضَ ما دَخَلَ فى أَوَّلِه ، فَصَحَّ ، كما لو أقَرَّ بجُمْلَةٍ واسْتَثْنَى بعضَهَا . وذَكَرَ القاضى فى هذا وَجْهًا ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه اسْتِثْناءٌ من غيرِ الجِنْسِ ، وليس هذا اسْتِثْناءً ، إنَّما هذا[37] بَدَلٌ ، وهو سائِغٌ فى اللُّغَةِ . ويُسَمَّى هذا النَّوْعُ من البَدَلِ بَدَلَ الاشْتِمَالِ ، وهو أن يُبْدِلَ من الشىءِ بعضَ ما يَشْتَمِلُ عليه ذلك الشىءُ ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ﴾[38] . فأبْدَلَ القِتالَ من الشَّهْرِ المُشْتَمِلِ عليه . وقال تعالى إخْبارًا عن موسى عليه السَّلَامُ ، أنَّه قال : ﴿ وَمَآ أَنسَىٰنِيهُ إِلَّا ٱلشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ ﴾[39] . أى أَنْسَانِى ذِكْرَه . وإن قال : له[40] هذه الدَّارُ ثُلُثُها . أو قال : رُبْعُها . صَحَّ ، ويكون مُقِرًّا بالجُزْءِ الذى أَبْدَلَهُ ، وهذا بَدَلُ البعضِ ، وليس ذلك باسْتِثْناءٍ . ومثلُه قولُه تعالى : ﴿ قُمِ ٱلَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا * نِصْفَهُ ﴾[41] . وقولُه سُبْحانَه : ﴿ وَ لِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾[42] . ولكنَّه فى مَعْنَى الاسْتِثْناءِ ، فى كَوْنِه يُخْرِجُ من الكَلَامِ بعضَ ما يَدْخُلُ فيه لَوْلَاه ، ويُفارِقُه فى أنَّه يجُوزُ أن يَخْرُجَ أكْثَر من النِّصْفِ[43] ، وأنَّه يجوزُ إبْدالُ الشَّىْءِ من غيرِه إذا كان مُشْتَمِلًا عليه ، ألا تَرَى أنَّ اللهَ تعالى أَبْدَلَ المُسْتَطِيعَ لِلْحَجِّ من النَّاسِ ، وهو أقَلُّ من نِصْفِهِم ، وأَبْدَلَ القِتَالَ من الشَّهْرِ الحَرَامِ ، وهو غيره ؟ ومتى قال : له هذه الدَّارُ سُكْنَى أو عَارِيَّة . ثَبَتَ فيها حُكْمُ ذلك ، وله أن لا يُسْكِنَه إيَّاهَا ، وأن يَعُودَ فيما أعارَهُ .

---

(٣٧) فى ا ، ب : « هو » .

(٣٨) سورة البقرة ٢١٧ .

(٣٩) سورة الكهف ٦٣ .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سورة المزمل ٢ ، ٣ .

(٤٢) سورة آل عمران ٩٧ .

(٤٣) فى الأصل : « الثلث » .

٨٥٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنِ ادُّعِىَ عَلَيْهِ شَىْءٌ ، فَقَالَ : قَدْ كَانَ لَهُ عَلَىَّ وقَضَيْتُهُ . لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ إِقْرَارًا)

حَكَى ابنُ أبى موسى (١ فى هذه ١) المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، أنَّ هذا ليس بإقْرَارٍ . اخْتارَهُ القاضى ، وقال : لم أجِدْ عن أحمدَ رِوَايَةً بغيرِ هذا . والثانية ، أنَّه مُقِرٌّ بالحَقِّ ، مُدَّعٍ لِقَضَائِه ، فعليه البَيِّنَةُ بالقَضَاءِ ؛ وإلَّا حَلَفَ غَرِيمُهُ وأخَذَ . واخْتارَهُ أبو الخَطَّاب . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أقَرَّ بالدَّيْنِ ، وادَّعَى القَضَاءَ ، فلم تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، كما لو ادَّعَى القَضَاءَ بكلامٍ مُنْفَصِلٍ ، ولأنَّه رَفَعَ جَمِيعَ ما أثْبَتَهُ ، فلم يُقْبَلْ ، كاسْتِثْناءِ الكُلِّ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ كالمَذْهَبَيْنِ . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه قولٌ مُتَّصِلٌ ، يُمْكِنُ صِحَّتُه ، ولا تَنَاقُضَ فيه ، فوَجَبَ أن يُقْبَلَ كاسْتِثْناءِ البَعْضِ ، وفارَقَ المُنْفَصِلَ ؛ لأنَّ حُكْمَ الأوَّلِ قد اسْتَقَرَّ بسُكُوتِه عليه ، فلا يُمْكِنُ رَفْعُه بعدَ اسْتِقْرَارِهِ ، ولذلك لا يَرْتَفِعُ(٢) بعضُه باسْتِثْنَاءٍ ولا غيرِه ، فما يَأْتِى بعدَه من دَعْوَى القَضَاءِ يكونُ دَعْوَى مُجَرَّدَةً ، لا تُقْبَلُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وأمَّا اسْتِثْنَاءُ الكُلِّ فمُتَنَاقِضٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ عليه ألْفٌ وليس عليه شىءٌ .

١٨٦/٤ و /**فصل** : وإن قال : له عَلَىَّ مائةٌ ، وقَضَيْتُه منها خَمْسِينَ . فالكلامُ فيها كالكلامِ فيما إذا قال : وقَضَيْتُها . وإن قال له إنْسَانٌ : لى عليك مائةٌ . فقال : قَضَيْتُكَ منها خَمْسِينَ . فقال القاضى : لا يكونُ مُقِرًّا بشىءٍ ؛ لأنَّ الخَمْسِينَ التى ذَكَرَ أنَّه قَضَاهَا فى كَلَامِه ما(٣) تَمْنَعُ(٤) بَقَاءَهَا ، وهو دَعْوَى القَضَاءِ ، وباقِى المائةِ لم يَذْكُرْها ، وقوله : منها . يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ بها ممَّا يَدَّعِيه ، ويَحْتَمِلُ ممَّا عَلَىَّ ، فلا يَثْبُتُ عليه شَىْءٌ بكَلَامٍ مُحْتَمِلٍ . ويَجِىءُ على قولِ مَن قال بالرِّوَايَةِ الأُخْرَى أن(٥) يَلْزَمَهُ الخَمْسُونَ التى ادَّعَى قَضَاءَها ؛ لأنَّ فى

(١ – ١) فى ب ، م : « أن فى » .

(٢) فى ا ، ب ، م : « يرفع » .

(٣) فى ا ، ب : « مما » .

(٤) فى ب زيادة : « ها هنا » .

(٥) فى ا : « أنه » .

ضِمْنِ دَعْوَى القَضَاءِ إقْرَارًا بأنَّها كانت عليه ، فلا تُقْبَلُ دَعْوَى القَضَاءِ بغيرِ بَيِّنَةٍ .

فصل : وإن قال : كان له علَىَّ أَلْفٌ . وسَكَتَ ، لَزِمَهُ الأَلْفُ ، فى ظَاهِرِ كَلَامِ أصْحابِنَا . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ، وقال فى الآخَرِ : لا يَلْزَمُه شىءٌ ، وليس هذا بإقْرَارٍ ؛ لأنَّه لم يَذْكُرْ عليه شيئا فى الحالِ ، إنَّما أخْبَرَ بذلك [6]فى زَمَنٍ[6] ماضٍ ، فلا يَثْبُتُ فى الحالِ ، ولذلك لو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ به لم يَثْبُتْ . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بالوُجُوبِ ، ولم يَذْكُرْ ما يَرْفَعُه ، فبَقِىَ على ما كان عليه ، ولهذا لو تَنَازَعَا دارًا ، فأقَرَّ أحَدُهما للآخَرِ أنَّها كانت مِلْكَه ، حُكِمَ بها له ، إلَّا أنَّه هٰهُنا إن عَادَ فادَّعَى القَضَاءَ أو الإبْرَاءَ ، سُمِعَتْ دَعْوَاه ؛ لأنَّه لا تَنَافِىَ بين إقْرَارِه وبين ما يَدَّعِيه .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ ، قَضَيْتُه إيَّاهَا . لَزِمَهُ الأَلْفُ ، ولم تُقْبَلْ دَعْوَى القَضاءِ . وقال القاضى : تُقْبَلُ ؛ لأنَّه رَفَعَ ما أثْبَتَهُ بِدَعْوَى القَضاءِ مُتَّصِلًا ، فأشْبَهَ مالو قال : كان له[7] عَلَىَّ ، وقَضَيْتُه . وقال ابنُ أبى موسى : إن قال : قَضَيْتُ جَمِيعَه . لم يُقْبَلْ إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، ولَزِمَهُ ما أقَرَّ به ، وله اليَمِينُ على المُقِرِّ له . ولو قال : قَضَيْتُ بعضَه . قُبِلَ منه ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لأنَّه رَفَعَ بعضَ ما أقَرَّ به بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فأشْبَهَ مالو اسْتَثْنَاهُ ، بِخِلَافِ ما إذا قال : قَضَيْتُ جَمِيعَهُ . لِكَوْنِه رَفَعَ جَمِيعَ ما هو ثابتٌ ، فأشْبَهَ اسْتِثْنَاءَ الكُلِّ . ولَنا ، أنَّ هذا قولٌ مُتَنَاقِضٌ ، إذْ لا يُمْكِنُ أن يكونَ عليه أَلْفٌ قد قَضَاهُ ، فإنَّ كَوْنَه عليه يَقْتَضِى بَقَاءَه فى ذِمَّتِه ، واسْتِحْقَاقَ مُطَالَبَتِه به ، وقَضَاؤُه يَقْتَضِى بَرَاءَةَ ذِمَّتِه منه ، وتَحْرِيمَ مُطَالَبَتِه به ، والإقْرَارُ به يَقْتَضِى ثُبُوتَه ، والقَضَاءُ يَقْتَضِى رَفْعَه ، وهذان ضِدَّانِ لا يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعُهُما فى زَمَنٍ واحِدٍ ، بِخِلَافِ ما إذا قال : كان له عَلَىَّ ، وقَضَيْتُه . فإنه أخْبَرَ بهما فى زَمانَيْنِ ، ويُمْكِنُ أن يَرْتَفِعَ ما كان ثَابِتًا ، ويَقْضِىَ ما كان دَيْنًا ، وإذا لم يَصِحَّ هذا فى الجَمِيعِ ، لم يَصِحَّ فى البَعْضِ ؛ لِاسْتِحَالَةِ بَقَاءِ أَلْفٍ عليه وقد[8] قَضَى بَعْضَه ،

(٦-٦) فى م : « فجاز فى » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقطت الواو من : ا .

ويُفارِقُ الاسْتِثْناءَ ؛ فإنَّ الاسْتِثْناءَ مع المُسْتَثْنَى منه عِبارَةٌ عن البَاقِي من المُسْتَثْنَى منه ، فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾[9] . / عِبارَةٌ عن تِسْعِمائة وخَمْسِينَ . أمَّا القَضاءُ فإنَّما يَرْفَعُ جُزْءًا كان ثَابِتًا ، فإذا ارْتَفَعَ بالقَضَاءِ لا يجوزُ التَّعْبِيرُ عنه بما يَدُلُّ على البَقَاءِ .

١٨٦/٤ ظ

فصل[10] : وإن وَصَلَ إقْرارَهُ بما يُسْقِطُه ، فقال : له علَيَّ أَلْفٌ من ثَمَنِ خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، أو من ثَمَنِ طَعَامٍ اشْتَرَيْتُه فهَلَكَ قبلَ قَبْضِه ، أو ثَمَن مَبِيعٍ فاسِدٍ لم أَقْبِضْهُ ، أو تَكَفَّلْتُ به على أنِّي بالخِيَارِ . لَزِمَهُ الأَلْفُ ، ولم يُقْبَلْ قولُه في إسْقاطِه . ذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، وأحَدُ[11] قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ . وذَكَرَ القاضي أنَّه إذا قال : له علَيَّ أَلْفٌ زُيُوفٌ . ففَسَّرَهُ[12] بِرَصَاصٍ أو نُحَاسٍ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه رَفَعَ كُلَّ ما اعْتَرَفَ به . وقال في سَائِرِ الصُّوَرِ التي ذَكَرْناها : يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأنَّه عَزَا إقْرَارَهُ إلى سَبَبِه ، فَقُبِلَ ، كما لو عَزَاهُ إلى سَبَبٍ صَحِيحٍ . ولَنا ، أنَّ هذا يُنَاقِضُ ما أَقَرَّ به ، فلم يُقْبَلْ ، كالصُّورَةِ التي سَلَّمَها ، وكما لو قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ لا يَلْزَمُنِي . أو يقول : دَفَعَ جَمِيعَ ما أَقَرَّ به . فلم يُقْبَلْ ، كاسْتِثْناءِ الكُلِّ . وغيرُ خَافٍ تَنَاقُضُ كَلَامِه ؛ فإنَّ ثُبُوتَ الأَلْفِ عليه في هذه المَوَاضِعِ لا يُتَصَوَّرُ ، وإقْرَارُه إخْبارٌ بِثُبُوتِه ، فيَتَنافَيانِ ، وإن سَلَّمَ ثُبُوتَ الأَلْفِ عليه فهو ما قُلْنَاهُ .

فصل : ولا يُقْبَلُ رُجُوعُ المُقِرِّ عن إقْرارِه ، إلَّا فيما كان حَدًّا للهِ تعالى ، يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ويُحْتَاطُ لإسْقَاطِه . فأمَّا حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ ، وحُقُوقُ اللهِ تعالى التي لا تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ[13] ، كالزَّكَاةِ والكَفَّارَاتِ ، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه عنها . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا .

---

(٩) سورة العنكبوت ١٤ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في الأصل ، ا : « وهو أحد » .

(١٢) في ا ، ب : « وفسره » .

(١٣) سقط من : ب .

فإذا قال : هذه الدَّارُ لِزَيْدٍ ، لا بل لِعَمْرٍو . أو ادَّعَى زَيْدٌ على مَيِّتٍ شيئا مُعَيَّنًا من تَرِكَتِه ، فصَدَّقَهُ ابْنُه ، ثم ادَّعَاهُ عَمْرٌو ، فصَدَّقَهُ ، حُكِمَ به لِزَيْدٍ ، ووَجَبَتْ عليه غَرَامَتُه لِعَمْرٍو . وهذا ظاهِرُ أحَدِ قَوْلَيِ الشّافِعِيِّ . وقال فى الآخَرِ : لا يَغْرَمُ لِعَمْرٍو شيئا . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أقَرَّ له بما عليه الإقْرارُ به ، وإنَّما مَنَعَهُ الحُكْمُ من قَبُولِه ، وذلك لا يُوجِبُ الضَّمانَ . ولَنا ، أنَّه حالَ بين عَمْرٍو وبين مِلْكِه الذى أقَرَّ له به بإقْرارِه لغيره ، فلَزِمَهُ غُرْمُه ، كما لو شَهِدَ رَجُلَانِ على آخَرَ بإعْتَاقِ عَبْدِه ، ثم رَجَعَا عن الشَّهَادَةِ ، أو كما لو رَمَى به إلى[14] البَحْرِ ، ثم أقَرَّ به . وإن قال : غَصَبْتُ هذه الدَّارَ من زَيْدٍ ، لا بل من عَمْرٍو . أو غَصَبْتُها من زَيْدٍ ، وغَصَبَها زَيْدٌ من عَمْرٍو . حُكِمَ بها لِزَيْدٍ ، ولَزِمَهُ تَسْلِيمُها إليه ، ويَغْرَمُها لِعَمْرٍو . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وهو ظَاهِرُ مذهبِ الشّافِعِيِّ . وقال فى الآخَرِ : لا يَضْمَنُ ؛ لما تَقَدَّمَ . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بالغَصْبِ المُوجِبِ لِلضَّمانِ والرَّدِّ إلى المَغْصُوبِ منه ، ثم لم يَرُدَّ ما أقَرَّ بغَصْبِه ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه[15] ، كما لو تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تعالى . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، فى رَجُلٍ قال لِرَجُلٍ : اسْتَوْدَعْتُكَ هذا الثَّوْبَ . قال : صَدَقْتَ ، ثم قال : اسْتَوْدَعَنِيهِ رَجُلٌ آخَر . فالثَّوْبُ لِلأَوَّلِ ، ويَغْرَمُ قِيمَتَهُ للآخَرِ . ولا فَرْقَ فى هذا الفَصْلِ بين أن يكونَ إقْرارُه بكَلَامٍ مُتَّصِلٍ أو مُنْفَصِلٍ .

فصل : فإن قال : غَصَبْتُ هذه الدَّارَ من زَيْدٍ ، ومِلْكُها لِعَمْرٍو . لَزِمَهُ دَفْعُها إلى زَيْدٍ ؛ لإقْرارِه له بأنَّها كانت فى يَدِه ، وهذا يَقْتَضِى كَوْنَها فى يَدِه بحَقٍّ / ، ومِلْكُها لِعَمْرٍو لا يُنافِى ذلك ؛ لأنَّها يجوزُ أن تكونَ فى يَدِ زَيْدٍ بإجارَةٍ أو عارِيَّةٍ أو وَصِيَّةٍ ، ولا يَغْرَمُ لِعَمْرٍو شَيْئًا ؛ لأنَّه لم يَكُنْ منه تَفْرِيطٌ . وفارَقَ هذا ما إذا قال : هذه الدَّارُ[16] لِزَيْدٍ ، بل لِعَمْرٍو ؛ لأنَّه أقَرَّ للثانى بما أقَرَّ به للأَوَّلِ ، فكان الثانى رُجُوعًا عن الأَوَّلِ ؛ لِتَعارُضِهما ، وهٰهُنا لا تَعارُضَ بين إقْرارَيْهِ . وإن قال : مِلْكُها لِعَمْرٍو ، وغَصَبْتُها[17] من زَيْدٍ .

٤/١٨٧و

---

(١٤) فى ا ، ب ، م : « فى » .

(١٥) فى ب ، م : « ضمان » .

(١٦) سقط من : ا ، ب .

(١٧) فى ا ، ب ، م : « وغصبها » .

فكذلك لا فَرْقَ بين التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ والمُتَّصِلِ والمُنْفَصِلِ . ذَكَرَهُ القاضى . وقيل : يَلْزَمُه دفْعُها إلى عَمْرٍو ، ويَغْرَمُها لِزَيْدٍ ؛ لأنه لمَّا أقرَّ بها لِعَمْرٍو أوَّلًا ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه باليَدِ لِزَيْدٍ . وهذا وَجْهٌ حَسَنٌ . ولأَصْحابِ الشّافِعِيِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ . ولو قال : هذا الأَلْفُ دَفَعَهُ إلىَّ زَيْدٌ ، وهو لِعَمْرٍو . أو قال : هو لِعَمْرٍو ودَفَعَهُ[18] إلىَّ زَيْدٌ . فكذلك ، على ما مَضَى من القَوْلِ فيه .

فصل : وإن قال : غَصَبْتُها من أحَدِهِما . أو هى لأَحَدِهِمَا . صَحَّ الإِقْرَارُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ بالمَجْهُولِ ، فيَصِحُّ لِلْمَجْهُولِ ، ثم يُطَالَبُ[19] بالبَيَانِ ، فإن عَيَّنَ أحَدَهما دُفِعَتْ إليه ، ويَحْلِفُ لِلآخَرِ إن ادَّعَاهَا ، ولا يَغْرَمُ له شيئا ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ له بِشَىءٍ . وإن قال : لا أعْرِفُه عَيْنًا . فصَدَّقَاهُ ، نُزِعَتْ من يَدِه ، وكانا خَصْمَيْنِ فيها ، وإن كَذَّبَاهُ فعليه اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ، وتُنْزَعُ من يَدِه . فإن كان لأَحَدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإن لم تكنْ له بَيِّنَةٌ ، أَقْرَعْنَا بينهما ، فمن قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ ، وسُلِّمَتْ إليه . وإن بَيَّنَ الغاصِبُ بعدَ ذلك مَالِكَها ، قُبِلَ منه ، كما لو بَيَّنَهُ ابْتِدَاءً . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا ادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما أنَّه المَغْصُوبُ منه ، تَوَجَّهَتْ عليه اليَمِينُ لكلِّ واحِدٍ منهما أنَّه لم يَغْصِبْهُ ، فإن حَلَفَ لأَحَدِهما ، لَزِمَهُ دَفْعُها إلى الآخَرِ ؛ لأنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى تَعْيِينِه ، وإن نَكَلَ عن اليَمِينِ[20] لهما جَمِيعًا ، فَسُلِّمَتْ إلى أحَدِهِما بِقُرْعَةٍ أو غيرِها ، لَزِمَهُ غُرْمُها للآخَرِ ؛ لأنَّه نَكَلَ عن يَمِينٍ[20] تَوَجَّهَتْ عليه ، فقُضِىَ عليه ، كما لو ادَّعاها وَحْدَهُ .

فصل : فإن كان فى يَدِهِ عَبْدَانِ ، فقال : أحَدُ هٰذَيْنِ[21] لِزَيْدٍ . طُولِبَ بالبَيَانِ ، فإذا[22] عَيَّنَ أحَدَهما فصَدَّقَهُ زَيْدٌ أخَذَهُ . وإن قال : هذا لِى ، والعَبْدُ الآخَرُ لِزَيْدٍ فعليه

---

(18) فى الأصل : « وديعة » .

(19) فى م : « ويطالب » .

(20 – 20) سقط من : ب .

(21) فى ب زيادة : « العبدين » .

(22) فى ب ، م : « فإن » .

اليَمِينُ فى العَبْدِ الذى يُنْكِرُه . وإن قال زَيْدٌ : إنَّما لى العَبْدُ الآخَرُ . فالقولُ قولُ المُقِرِّ مع يَمِينِه فى العَبْدِ الذى يُنْكِرُه ، ولا يَدْفَعُ إلى زَيْدٍ العَبْدَ المُقَرَّ به ولكنْ[23] يُقَرُّ فى يَدِ المُقِرِّ ؛ لأنَّه لم يَصِحَّ إقْرَارُه به ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، يُنْزَعُ من يَدِه ، لِاعْتِرَافِه بأنَّه لا يَمْلِكُه ، ويكونُ فى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه لا مالِكَ له مَعْرُوفٌ ، فأشْبَه مِيرَاثَ مَن لا يُعْرَفُ وَارِثُه . فإن أبَى التَّعْيِينَ ، فعَيَّنَهُ المُقَرُّ له ، وقال : هذا عَبْدِى . طُولِبَ بالجَوابِ ، فإن أنْكَرَ حَلَفَ ، وكان بمَنْزِلَةِ تَعْيِينِه لِلْآخَرِ ، وإن نَكَلَ عن اليَمِينِ قُضِىَ[24] عليه ، وإن أقَرَّ له ، فهو كتَعْيِينِه .

فصل : ولو أقَرَّ لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ ، ثم جَاءَهُ به ، فقال : هذا الذى أقْرَرْتُ به . فقال : ليس هو هذا ، إنَّما هو آخَرُ . فعَلَى المُقِرِّ اليَمِينُ أنَّه ليس له عندَه سِوَاه ، ولا يَلْزَمُه تَسْلِيمُ هذا إلى المُقَرِّ له ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيهِ . وإن قال : هذا لِى ، ولِى عِنْدَكَ آخَرُ . سُلِّمَ إليه هذا ، وحَلَفَ له على نَفْيِ الآخَرِ . وكُلُّ مَن أقَرَّ لِرَجُلٍ بمالٍ[25] ، فكَذَّبَهُ ، بَطَلَ إقْرَارُه ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ للإِنْسانِ مِلْكٌ لا يَعْتَرِفُ به . وفى المالِ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يُتْرَكُ فى يَدِ المُقِرِّ[26] ؛ لأنَّه كان مَحْكُومًا له به ، فإذا بَطَلَ إقْرَارُه بَقِىَ على ما كان عليه . والثانى ، يُؤْخَذُ إلى / بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له مالِكٌ[27] . وقِيلَ : يُؤْخَذُ فيُحْفَظُ حتى يَظْهَرَ مَالِكُه ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيهِ أحَدٌ . ومذهبُ الشّافِعِىِّ مثلُ هذا . فإن عَادَ أحَدُهما فكَذَّبَ نَفْسَهُ ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه يَدَّعِيهِ ، ولا مُنَازِعَ له فيه ، وإن كَذَّبَ كلُّ واحِدٍ منهما نَفْسَهُ ، فرَجَعَ المُقِرُّ عن إقْرارِه ، وادَّعاهُ المُقَرُّ له ، فإن كان بَاقِيًا فى يَدِ المُقِرِّ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينه ، كما لو لم يُقِرَّ به لغيرِه ، وإن كان مَعْدُومًا بتَلَفٍ أو إبَاقٍ ونحوِه ، بغيرِ تَعَدٍّ من أحَدِهما ، فلا شىءَ فيه من يَمِينٍ ولا غيرِها ، وإن كان بِتَعَدٍّ من أحَدِهما ، فالقولُ فيه قولُ

٤/١٨٧ ظ

---

(٢٣) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٤) فى ب ، م : « يقضى » .

(٢٥) فى م : « بملك » .

(٢٦) فى ب زيادة : « له » .

(٢٧) فى م : « ملك » .

الْمُقِرِّ مع يَمِينِه ، كما لو كان بَاقِيًا . فإذا حَلَفَ ، سَقَطَ عنه الضَّمَانُ ، إن كان تَلَفُه بِتَعَدِّيهِ ، ووَجَبَ له[28] الضَّمَانُ على الآخَرِ ، إن كان تَلَفُهُ بِتَعَدٍّ منه ، واللهُ أعلمُ .

٨٥١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أَقَرَّ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، ثُمَّ قَالَ زُيُوفًا أَوْ صِغَارًا أَوْ إِلَى شَهْرٍ . كَانَتْ عَشَرَةً جِيَادًا وَافِيَةً حَالَّةً**)

وجُمْلَتُه أنَّ مَن أقَرَّ بدراهمَ ، وأَطْلَقَ ، اقْتَضَى إقْرارُه الدَّرَاهِمَ الوَافِيَةَ ، وهى دَرَاهِمُ الإسلامِ ، كلُّ عَشَرَةٍ منها وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ ، وكلُّ دِرْهَمٍ سِتَّةُ دَوَانِقَ ، واقْتَضَى أن تكونَ جِيَادًا ، حالَّةً ، كما لو بَاعَهُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ، وأَطْلَقَ ، فإنَّها تَلْزَمُه كذلك . فإذا سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُه الكَلَامُ فيه ، أو أخَذَ فى كلامٍ غير ما كان فيه ، اسْتَقَرَّتْ عليه كذلك . فإن عَادَ ، فقال : زُيُوفًا . يَعْنِى رَدِيئَةً . أو صِغَارًا . وهى الدَّرَاهِمُ الناقِصَةُ ، مثل دَرَاهِمَ طَبَرِيَّةَ ، كان كلُّ دِرْهَمٍ منها أَرْبَعَةَ دَوَانِقَ ، وذلك ثُلُثَا دِرْهَمٍ . أو إلى شَهْرٍ . يَعْنِى مُؤَجَّلَةً ، لم يُقْبَلْ منه ؛ لأنَّه يَرْجِعُ عن بعضِ ما أَقَرَّ به ، ويَرْفَعُه بِكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ ، فلم يُقْبَلْ ، كالاسْتِثْنَاءِ المُنْفَصِلِ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . ولا فَرْقَ بين الإقْرارِ بها دَيْنًا ، أو وَدِيعَةً ، أو غَصْبًا . وقال أبو حنيفةَ : يُقْبَلُ قَوْلُه فى الغَصْبِ والوَدِيعَةِ ؛ لأنَّه إقْرارٌ[1] بِفِعْلٍ فى عَيْنٍ ، وذلك لا يَقْتَضِى سَلَامَتَها ، فأَشْبَهَ مالو أقَرَّ بغَصْبِ عَبْدٍ ، ثم جَاءَ به مَعِيبًا . ولَنا ، أنَّ إطْلَاقَ الاسْمِ يَقْتَضِى الوازِنَةَ الجِيَادَ ، فلم يُقْبَلْ تَفْسِيرُه بما يُخَالِفُ ذلك ، كالدَّيْنِ ، ويُفَارِقُ العَبْدَ ؛ فإنَّ العَيْبَ لا يَمْنَعُ إطْلَاقَ اسْمِ العَبْدِ عليه . فأمَّا إن وَصَفَها بذلك بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، أو سَكَتَ للتَّنَفُّسِ ، أو اعْتَرَضَتْهُ سُعْلَةٌ ، أو نحو ذلك ، ثم وَصَفَها بذلك ، أو شىءٍ منه ، قُبِلَ منه . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّه يَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ منه التَّأْجِيلُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصْحَابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ التَّأْجِيلَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الحَقِّ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو قال : له علَىَّ دراهمُ قَضَيْتُه إيَّاهَا . وقال بعضُ أصْحَابِ الشّافِعِىِّ : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُه بالنَّاقِصَةِ . وقال القاضى : إن قال : له علَىَّ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ

---

(٢٨) سقط من : ا ، ب .

(١) فى م : « أقر » .

ناقِصَةٌ . قُبِلَ قَوْلُه . وإن قال : صِغَارًا . (٢ وللناسِ دراهِمُ صِغَارٌ ، قُبِلَ قولُه أيضا . وإن لم يكُنْ له دراهِمُ صِغارٌ ٢) لَزِمَهُ وازِنَةٌ ، كما لو قال : دُرَيْهِمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وازِنٌ . وهذا قولُ ابن القاصِّ(٣) من أصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . ولَنا ، أنَّه فَسَّرَ كلامَهُ بما يَحْتَمِلُه بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فقُبِلَ منه ، كاسْتِثْنَاءِ البَعْضِ ، وذلك لأنَّ الدَّرَاهِمَ يُعَبَّرُ بها عن الوَازِنَةِ والنَّاقِصَةِ ، والزُّيُوفِ والجَيِّدَةِ ، وكَوْنُها عليه يَحْتَمِلُ الحُلُولَ والتَّأْجِيلَ ، فإذا وَصَفَها بذلك ، / تَقَيَّدَتْ به ، كما لو وَصَفَ الثَّمَنَ به ، فقال : بِعْتُكَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ(٤) ، مُؤَجَّلَةٍ ناقِصَةٍ . وثُبُوتُها على غيرِ هذه الصِّفَةِ حالَةَ الإِطْلَاقِ ، لا يَمْنَعُ من صِحَّةِ تَقْيِيدِها به ، كالثَّمَنِ . وقَوْلُهم : إن التَّأْجِيلَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَها . ليس بِصَحِيحٍ ، وإنَّما يُؤَخِّرُه ، فأشْبَهَ الثَمنَ المُؤَجَّلَ ، يُحَقِّقُه أن الدَّرَاهِمَ تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ على هذه الصِّفَاتِ ، فإذا كانت ثابتَةً بهذه الصِّفَةِ ، لم تَقْتَضِ الشَّرِيعَةُ المُطَهَّرَةُ سَدَّ بَابِ الإِقْرَارِ بها على صِفَتِها . وعلى ما ذَكَرُوه ، لا سَبِيلَ له إلى الإِقْرَارِ بها إلَّا على وَجْهٍ يُؤَاخَذُ بغيرِ ما هو واجِبٌ عليه ، فيَفْسُدُ بابُ الإِقْرَارِ . وقولُ مَن قال : إنَّ قَوْلَهُ : « صِغَارًا » يَنْصَرِفُ إلى المِقْدَارِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مِسَاحَةَ الدَّرَاهِمِ(٥) لا تُعْتَبَرُ فى الشَّرْعِ ولا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ بِمِسَاحَةٍ مُقَدَّرَةٍ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ (٦ الصِّغَرُ والكِبَرُ ٦) فى الوَزْنِ ، فيُرْجَعُ إلى تَفْسِيرِ المُقِرِّ ، فأمَّا إن قال : زُيُوفًا . وفَسَّرَهَا بِمَغْشُوشَةٍ ، أو مَعِيبَةٍ عَيْبًا يَنْقُصُها ، قُبِلَ تَفْسِيرُه ، وإن فَسَّرَها بِنُحَاسٍ أو رَصَاصٍ ، أو مالا قِيمَةَ له ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ تلك ليستْ دَرَاهِمَ على الحَقِيقَةِ ، فيكونُ تَفْسِيرُه به رُجُوعًا عما أقَرَّ به ، فلم يُقْبَلْ ، كاسْتِثْنَاءِ الكُلِّ .

١٨٨/٤ و

فصل : وإن أقَرَّ بِدَرَاهِمَ وأطْلَقَ ، فى بَلَدٍ أوْزَانُهم ناقِصَةٌ ، كطَبَرِيَّةَ ، كان دِرْهَمُهم

(٢ – ٢) سقط من : ب ، م .

(٣) أبو العباس أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، ابن القاص ، إمام الشافعية فى عصره . توفى سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة ، بطوس . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٥٩ – ٦٣ .

(٤) فى ب : « الدراهم » .

(٥) فى ا : « الدرهم » .

(٦ – ٦) فى ا : « الصغير والكبير » .

أَرْبَعَةَ دَوَانِيقَ ، وخُوارَزْمُ كان دِرْهَمُهم أَرْبَعَةَ دَوَانِيقَ ونِصْفًا ، ومَكَّةُ دِرْهَمُهم ناقِصٌ ، وكذلك المَغْرِبُ ، أو فى بَلَدٍ دَرَاهِمُهم مَغْشُوشَةٌ ، كمِصْرَ والمَوْصِلِ ، (٧أو بدَنانِيرَ فى بلدٍ دَنانيرُهم مَغْشوشَةٌ٧) . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَوَّلُهما ، يَلْزَمُه من دَرَاهِم البَلَدِ ودَنَانِيرِه ؛ لأنَّ مُطْلَقَ كَلَامِهم يُحْمَلُ على عُرْفِ بَلَدِهم ، كما فى البَيْعِ والأَثْمانِ . والثانى ، تَلْزَمُه الوَازِنَةُ الخَالِصَةُ من الغِشِّ ؛ لأنَّ إطْلَاقَ الدَّرَاهِم فى الشَّرْعِ يَنْصَرِفُ إليها ، بدَلِيلِ أنَّ بها تَقْدِيرَ(٨) نُصُبِ الزَّكَاةِ ومَقَادِيرِ الدِّيَاتِ ، فكذلك إطْلَاقُ الشَّخْصِ . وفارَقَ البَيْعَ ؛ فإنَّه إيجَابٌ فى الحالِ ، فاخْتَصَّ بدَرَاهِمِ المَوْضِعِ الذى هما فيه ، والإِقْرَارُ إخْبَارٌ عن حَقٍّ سابِقٍ ، فانْصَرَفَ إلى دَرَاهِمِ الإِسلامِ .

فصل : وإن أقَرَّ بدَرَاهِمَ ، وأَطْلَقَ ، ثم فَسَّرَهَا بِسَكَّةِ البَلَدِ الذى أقَرَّ بها فيه ، قُبِلَ ؛ لأنَّ إطْلَاقَه يَنْصَرِفُ إليه ، وإن فَسَّرَها بسَكَّةٍ غير سَكَّةِ البَلَدِ أجْوَدَ منها ، قُبِلَ ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نَفْسِه بما هو أغْلَظُ ، وكذلك إن كانت مِثْلَها ؛ لأنَّه لا يُتَّهَمُ فى ذلك ، وإن كانتْ أدْنَى من سَكَّةِ البَلَدِ ، لكنَّها مُسَاوِيَةٌ فى الوَزْنِ ، احْتَمَلَ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ إطْلَاقَها يَقْتَضِى دَرَاهِمَ البَلَدِ ونَقْدَه ، فلا يُقْبَلُ منه دُونَها ، كما لا يُقْبَلُ فى البَيْعِ ، ولأنَّها ناقِصَةُ القِيمَةِ ، فلم يُقْبَلْ تَفْسِيرُه بها ، كالنَّاقِصَةِ وَزْنًا . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ منه ، وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما فَسَّرَهُ به . وفارَقَ الناقِصَةَ ؛ لأنَّ إطْلَاقَ الشَّرْعِ الدَّرَاهِمَ ، لا يَتَنَاوَلُها ، بخِلَافِ هذه ، ولهذا يَتَعَلَّقُ بهذه مِقْدَارُ النِّصَابِ فى الزَّكَاةِ وغيرِه ، وفارَقَ الثمَنَ ؛ فإنَّه إيجَابٌ فى الحالِ ، وهذا إخْبَارٌ عن حَقٍّ سابِقٍ .

فصل : وإن قال : له علَيَّ دِرْهَمٌ كَبِيرٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ من دَرَاهِمِ الإِسلامِ ؛ لأنَّه كَبِيرٌ فى العُرْفِ . وإن قال : له علَيَّ دُرَيْهِمٌ . فهو كما لو قال : دِرْهَمٌ ؛ لأنَّ التَّصْغِيرَ قد يكون

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) فى الأصل ، ا : « يقدر » .

لِصِغَرِه فى ذَاتِه ، أو لِقِلَّةِ قَدْرِه عندَه وتَحْقِيرِه ، وقد يكون لِمَحَبَّتِه كما قال الشاعر[٩] :

/ بِذَيَّالِكَ الـوادِى أهِيـمُ ولم أَقُـلْ ... بِذَيَّالِكَ الوادِى وذَيَّـاكَ مِن زُهْدِ ٤/١٨٨ ظ

ولكـنْ إذا ما حُبَّ شَىءٌ تَوَلَّعَتْ ... به أحْرُفُ التَّصْغِيرِ مِنْ شِدَّةِ الوَجْدِ

وإن قال : له عَلَىَّ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ عَدَدًا . لَزِمَتْهُ عَشَرَةٌ مَعْدُودَةٌ وازِنَةٌ ؛ لأنَّ إطْلَاقَ الدَّرَاهِمِ يَقْتَضِى وازِنَةً ، وذِكْرُ العَدَدِ لا يُنافِيهَا ، فوَجَبَ الجَمْعُ بينهما . فإن كان فى بَلَدٍ يَتَعَامَلُونَ بها عَدَدًا من غيرِ وَزْنٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ مالو أقَرَّ بها فى بَلَدٍ أوْزَانُهم ناقِصَةٌ ، أو دَرَاهِمُهم مَغْشُوشَةٌ ، على ما فُصِّلَ فيه .

فصل : وإذا أقَرَّ بِدِرْهَمٍ ، ثم أقَرَّ بِدِرْهَمٍ ، لَزِمَهُ دِرْهَمٌ واحِدٌ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه دِرْهَمَانِ ، كما لو قال : له علَىَّ دِرْهَمٌ ودِرْهَمٌ . ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الإقْرَارُ فى وَقْتٍ واحِدٍ أو فى أوْقَاتٍ ، أو فى مَجْلِسٍ واحِدٍ أو مَجَالِسَ . ولَنا ، أنَّه يجوزُ أن يكونَ قد كَرَّرَ الخَبَرَ عن الأوَّلِ ، كما كَرَّرَ[١٠] اللهُ تعالى الخَبَرَ عن إرْسَالِه نُوحًا وهُودًا وصَالِحًا ولُوطًا وشُعَيْبًا وإبْراهِيمَ وموسى وعِيسى ، ولم يكُنِ المَذْكُورُ فى قِصَّةٍ غيرَ المَذْكُورِ فى أُخرَى ، كذا ههُنا . فإن وَصَفَ أحدَهما وأطْلَقَ الآخَرَ ، فكذلك ؛ لأنَّه يجوزُ[١١] أن يكونَ المُطْلَقُ هو المَوْصُوفَ ، أَطْلَقَـه فى حالٍ ووَصَفَـهُ فى حالٍ . وإن وَصَفَهُ بِصِفَةٍ واحِدَةٍ فى المَرَّتَيْنِ ، كان تأْكِيدًا لما ذَكَرْنا ، وإن وَصَفَهُ فى إحْدَى المَرَّتَيْنِ بغيرِ ما وَصَفَه فى الأُخْرَى ، فقال : دِرْهَمٌ من ثمَنِ مَبِيعٍ . ثم قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ من قَرْضٍ ، أو دِرْهَمٌ من ثمَنِ ثَوْبٍ . ثم قال : دِرْهَمٌ من ثمَنِ عَبْدٍ . أو قال : دِرْهَمٌ أبْيَضُ ، ثم قال : دِرْهَمٌ أسْوَدُ . فهما دِرْهَمَانِ ؛ لأنَّهما مُتَغَايِرَانِ .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ودِرْهَمٌ . أو دِرْهَمٌ فَدِرْهَم . أو دِرْهَمٌ ثم دِرْهَمٌ .

---

(٩) لم نهتد إلى نسبة البيتين .

(١٠) فى الأصل : « ذكر » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « لا يجوز » .

لَزِمَهُ دِرْهَمانِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ وأصْحَابُه . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا ، فيما إذا قال : دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ . وقال : أرَدْتُ : دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ لازِمٌ لِى . أنَّه يُقْبَلُ منه ، وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ الصِّفَةَ . ولَنا ، أنَّ الفاءَ أحَدُ حُرُوفِ العَطْفِ الثَّلاثةِ ، فأشْبَهَتِ الوَاوَ وثُمَّ ، ولأنَّه عَطَفَ شيئا على شىءٍ بالفاءِ ، فاقْتَضَى ثُبُوتَهُما ، كما لو قال : أنْتِ طَالِقٌ فطَالِقٌ . وقد سَلَّمَهُ الشَّافِعِىُّ . وما ذَكَرُوهُ من احْتِمالِ الصِّفَةِ بَعِيدٌ ، لا يُفْهَمُ حالَةَ الإطْلَاقِ ، فلا يُقْبَلُ تَفْسِيرُه به ، كما لو فَسَّرَ الدَّرَاهِمَ المُطْلَقَةَ بأنها زُيُوفٌ أو صِغَارٌ أو مُؤَجَّلَةٌ . وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ودِرْهَمَانِ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ودِينَارٌ ، أو فَدِينَار ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ . ونحو ذلك ، لَزِمَهُ ذلك كلُّه . وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ودِرْهَمٌ ودِرْهَمٌ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وحَكَى ابنُ أبى موسى عن بعضِ أصْحَابِنَا ، أنَّه إذا قال : أرَدْتُ بالثَّالِثِ تأْكِيدَ الثانى وبَيَانَهُ . أنَّه يُقْبَلُ . وهو قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الثَّالِثَ فى لَفْظِ الثانى ، وظاهرُ[12] مَذْهَبِه أنَّه تَلْزَمُه الثَّلَاثَةُ ؛ لأنَّ الواوَ لِلْعَطْفِ ، والعَطْفُ يَقْتَضِى المُغَايَرَةَ ، فوَجَبَ أن يكونَ الثَّالِثُ غيرَ الثانى ، كما كان الثَّانى غيرَ الأوَّلِ ، والإقْرَارُ لا يَقْتَضِى تأْكِيدًا ، فوَجَبَ حَمْلُه على العَدَدِ . وكذلك الحُكْمُ إذا قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ فَدِرْهَم فَدِرْهَم ، أو دِرْهَمٌ ثم دِرْهَمٌ ثم دِرْهَمٌ . وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ ثم دِرْهَمٌ ، أو دِرْهَمٌ فَدِرْهَم ثم دِرْهَمٌ ، أو دِرْهَمٌ ثم دِرْهَمٌ فَدِرْهَم . لَزِمَتْهُ الثَّلاثةُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ / لأنَّ الثَّالِثَ مُغَايِرٌ للثانى ، لِاخْتِلَافِ حَرْفَىِ العَطْفِ الدَّاخِلَيْنِ عليهما ، فلم يَحْتَمِلِ التَّأْكِيدَ . (٤/١٨٩و)

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ بل دِرْهَمَانِ ، أو دِرْهَمٌ لكن دِرْهَمَانِ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال زُفَرُ ، ودَاوُدُ : تَلْزَمُه ثلاثةٌ ؛ لأنَّ « بَلْ » للإضْرَابِ ، فلمّا[13] أقَرَّ بِدِرْهَمٍ وأضْرَبَ عنه ، لَزِمَهُ ؛ لأنَّه لا يُقْبَلُ رُجُوعُه عما أقَرَّ به ،

---

(١٢) فى ا ، ب ، م : « فظاهر » .

(١٣) فى ب ، م : « لأنه لما » .

ولزِمَهُ الدِّرْهمانِ اللّذانِ أقرَّ بهما . ولَنا ، أنّه إنّما نفَى الاقْتِصارَ على واحِدٍ ، وأثْبَتَ الزِّيادَةَ عليه ، فأشْبَهَ ما لو قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بل أكْثَرُ . فإنَّه لا يَلْزَمُه أكثَرُ من اثْنَيْنِ . وإن قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بل دِرْهَمٌ ، أو لكن دِرْهَمٌ . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه دِرْهَمٌ واحِدٌ ؛ لأنَّ أحمدَ قال فى مَن قال لامْرأتِه : أنْتِ طالِقٌ ، لا بل أنْتِ طَالِقٌ : إنها لا تُطَلَّقُ إلّا واحِدَةً . وهذا فى مَعْنَاه . وهذا مذهبُ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه أقرَّ بِدِرْهَمٍ مرَّتَيْنِ ، فلم يَلْزَمْهُ أكْثَرُ من دِرْهَمٍ ، كما لو أقَرَّ بِدِرْهَمٍ ثم أنْكَرَهُ ، ثم قال : بل عَلَيَّ دِرْهَمٌ . و « لكن » للاسْتِدْرَاكِ ، فهى [14] فى مَعْنَى [14] « بَلْ » إلّا أن الصَّحِيحَ أنّها لا تُسْتَعْمَلُ إلّا بعدَ الجَحْدِ ، إلّا أن يُذْكَرَ بعدَها جُمْلَةٌ . والوَجْهُ الثانى ، يَلْزَمُه دِرْهَمانِ . ذَكَرَهُ ابنُ أبى موسى وأبو بكرٍ عبدُ العزيزِ . ويَقْتَضِيهِ [15] قَوْلُ زُفَرَ وداوُدَ ؛ لأنَّ ما بعدَ الإضْرَابِ يُغَايِرُ ما قَبْلَهُ ، فيَجِبُ أن يكونَ الدِّرْهَمُ الذى أُضْرِبَ عنه غيرَ الدِّرْهَمِ [16] الذى أقرَّ به بعدَه ، فيَجِبُ الاثْنَانِ ، كما لو قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بل دِينَارٌ . ولأنَّ « بَلْ » من حُرُوفِ العَطْفِ ، والمَعْطُوفُ [17] غيرُ المَعْطُوفِ [17] عليه ، فوَجَبَا جَمِيعًا ، كما لو قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ [18] . ولأنّا لو لم نُوجِبْ عليه إلّا دِرْهَمًا ، جَعَلْنَا كَلَامَهُ لغوًا ، وإضْرَابَهُ عنه [19] غيرَ مُفِيدٍ ، والأصْلُ فى كَلَامِ العاقِلِ أن يكونَ مُفِيدًا . ولو كان الذى أُضْرِبَ عنه لا يُمْكِنُ أن يكونَ المَذْكُورَ بعدَه ، ولا بعضَه ، مثل أن يقولَ : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ ، بل دِينَارٌ أو دِينَارَانِ . أو : له عَلَيَّ قَفِيزُ حِنْطَةٍ ، بل قَفِيزُ شَعِيرٍ . أو : هذا الدِّرْهَمُ ، بل هَذَانِ . لَزِمَهُ الجَمِيعُ ، بغير خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ؛ لأنَّ الأوَّلَ لا يُمْكِنُ أن يكونَ الثانىَ ولا بعضَه ، فكان مُقِرًّا بهما ، ولا يُقْبَلُ رُجُوعُه عن شىءٍ منهما . وكذلك كلُّ جُمْلَتَيْنِ أقرَّ بإحْدَاهما ثم

(14-14) فى ا ، ب : « بمعنى » .

(15) فى الأصل ، ب ، م : « ونقيضه » .

(16) سقط من : الأصل .

(17-17) سقط من : الأصل .

(18) فى ا : « ودرهم » .

(19) سقط من : ا ، ب .

رَجَعَ إلى الأُخْرَى ، لَزِمَاهُ . وإن قال : له عَلَيَّ دِرْهَمانِ ، بل دِرْهَمٌ . أو عَشرَةٌ ، بل تِسْعَةٌ . لَزِمَهُ الأَكْثَرُ ؛ لأنَّه أَضْرَبَ عن واحِدٍ ، ونَفَاهُ بعد إقْرَارِه به ، فلم يُقْبَلْ نَفْيُه له بخِلَافِ الاسْتِثْنَاءِ ، فإنَّه لا يَنْفِى شيئا أقَرَّ به ، وإنَّما هو عِبَارَةٌ عن الباقِى بعدَ الاسْتِثْناءِ ، فإذا قال : عَشرَةٌ إلَّا دِرْهَمًا . كان مَعْنَاهُ تِسْعَةً .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ ، أو بَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمانِ . وإن قال : قَبْلَهُ دِرْهَمٌ وبَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لأنَّ « قَبْلَ » و « بَعْدَ » تُسْتَعْمَلُ لِلتَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ فى الوُجُوبِ . وإن قال : له عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَوْقَ دِرْهَمٍ ، أو تَحْتَ [20] دِرْهَمٍ ، أو معه [20] دِرْهَمٌ ، أو مع دِرْهَمٍ . فقال القاضى : يَلْزَمُه دِرْهَمٌ . وهو أحَدُ [21] قَوْلَى الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ فَوْقَ دِرْهَمٍ فى [22] الجَوْدَةِ ، أو فَوْقَ دِرْهَمٍ لى ، وكذلك تَحْتَ دِرْهَمٍ . وقولُه : معه دِرْهَمٌ . يَحْتَمِلُ معه دِرْهَمٌ لِى كذلك مع دِرْهَمٍ ، فلم يَجب الزَّائِدُ بالاحْتِمَالِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَلْزَمُه دِرْهَمانِ . وهو / القولُ الثانى لِلشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ هذا اللَّفْظَ يَجْرِى مَجْرَى العَطْفِ ، لِكَوْنِه يَقْتَضِى ضَمَّ دِرْهَمٍ آخَرَ إليه ، وقد ذكَر ذلك فى سِيَاقِ الإِقْرَارِ ، فالظَّاهِرُ أنَّه إقْرَارٌ ، ولأنَّ قَوْلَه : « عَلَيَّ » يَقْتَضِى فى ذِمَّتِى ، وليس لِلْمُقِرِّ فى ذِمَّةِ نَفْسِه دِرْهَمٌ مع دِرْهَمِ المُقَرِّ له ، ولا فَوْقَه ، ولا تَحْتَه ، فإنَّه لا يَثْبُتُ لِلإِنْسَانِ فى ذِمَّةِ نَفْسِه شىءٌ . وقال أبو حنيفةَ وأصْحَابُه : إن قال : فَوْقَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمانِ ؛ لأنَّ « فوق » تَقْتَضِى فى الظَّاهِرِ الزِّيَادَةَ . وإن قال : تَحْتَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ واحِدٌ ؛ لأنَّ « تحت » تَقْتَضِى النَّقْصَ . ولَنا ، إن حُمِلَ كَلَامُه على مَعْنَى العَطْفِ ، فلا فَرْقَ بينهما . وإن حُمِلَ على الصِّفَةِ لِلدِّرْهَمِ [23] المُقَرِّ به ، وَجَبَ أن يكونَ المُقَرُّ به دِرْهَمًا واحِدًا ، سواءٌ ذَكَرَه بما يَقْتَضِى زِيَادَةَ الجَوْدَةِ أو نَقْصَها . وإن قال :

١٨٩/٤ ظ

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) فى ب : « بالدراهم » .

له عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِينَارٌ ، أو بَعْدَه ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ ، أو معه ، أو فوْقَه ، أو تَحْتَه ، أو مَعَ ذلك . فالقولُ فى ذلك كالقَوْلِ فى الدِّرْهَمِ سواءً .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ ما بَيْنَ دِرْهَمٍ وعَشَرَةٍ . لَزِمَتْهُ ثَمَانِيَةٌ ؛ لأنَّ ذلك ما بينَهما . وإن قال : مِنْ دِرْهَمٍ [24]إلى عَشَرةٍ[24] ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، تَلْزَمُه تِسْعَةٌ . وهذا يُحْكَى عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ « مِنْ » لِابْتِدَاءِ الغَايَةِ ، وأوَّلُ الغايَةِ منها ، و « إلَى » لِانْتِهَائِها ، فلا يَدْخُلُ فيها ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾[25] . والثانى ، تَلْزَمُه ثَمَانِيَةٌ ؛ لأنَّ الأوَّلَ والعاشِرَ حَدَّانِ ، فلا يَدْخُلانِ فى الإِقْرارِ ، ولَزِمَهُ ما بينهما ، كالتى قَبْلَهَا . والثالث ، تَلْزَمُه عَشَرَةٌ ؛ لأنَّ العاشِرَ أحَدُ الطَّرَفَيْنِ ، فيَدْخُلُ فيها كالأوَّلِ ، وكما لو قال : قَرأْتُ القُرْآنَ من أوَّلِه إلى آخِرِه . فإن قال : أرَدْتُ بِقَوْلِى من واحِدٍ إلى عَشَرَةٍ . مَجْمُوعَ الأَعْدَادِ كُلِّها ، أى الواحِدِ والاثْنَانِ وكذلك إلى العَشَرَةِ ، لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا . واخْتِصَارُ حِسَابِه أن تَزِيدَ أوَّلَ العَـدَدِ وهو الواحِدُ على العَشَرَةِ ، فيَصِيرَ أحَدَ عَشَرَةَ ، ثم تَضْرِبَها فى نِصْفِ العَشَرَةِ ، فما بَلَغَ فهو الجَوَابُ .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ دَرَاهِمُ . لَزِمَهُ ثَلاثَةٌ ؛ لأنَّها أقَلُّ الجَمْعِ . وإن قال : له عَلَيَّ دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ ، أو وافِرَةٌ ، أو عَظِيمَةٌ . لَزِمَهُ ثَلاثَةٌ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُه بدون العَشَرَةِ ؛ لأنَّها أقَلُّ جَمْعِ الكَثْرَةِ . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : لا يُقْبَلُ أقَلّ من مائتَيْنِ ؛ لأنَّ[26] بها يَحْصُلُ الغِنَى ، وتَجِبُ الزَّكَاةُ . ولَنا ، أنَّ الكَثْرَةَ والعَظَمَةَ لا حَدَّ لها شَرْعًا ولا لُغَةً ولا عُرْفًا ، وتَخْتَلِفُ بالإِضافَاتِ وأحْوَالِ النّاسِ ، فالثّلاثَةُ أكْثَرُ ممَّا دُونَها وأقَلُّ ممَّا فَوْقَها ، ومن النَّاسِ مَن يَسْتَعْظِمُ اليَسِيرَ ، ومنهم من لا يَسْتَعْظِمُ الكَثِيرَ ، ويَحْتَمِلُ أن المُقِرَّ أرادَ كَثِيرَةً بالنِّسْبَةِ إلى ما دُونَها ، أو كَثِيرَةً فى نَفْسِه ، فلا تَجِبُ الزِّيَادَةُ بالاحْتِمَالِ .

(24-24) فى م : « لعشرة » .

(25) سورة البقرة 187 .

(26) فى ا ، ب ، م زيادة : « ما » .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمانِ فى عَشَرَةٍ . وقال : أَرَدْتُ الحِسَابَ . لَزِمَهُ عِشْرُونَ . وإن قال : أَرَدْتُ دِرْهَمَيْنِ مع عَشَرَةٍ . ولم يكُنْ يَعْرِفُ الحِسَابَ ، قُبِلَ منه ، ولَزِمَهُ اثْنَا عَشَرَ ؛ لأَنَّ كَثِيرًا من / العَامَّةِ يُرِيدُونَ بهذا اللَّفْظِ هذا المَعْنَى . وإن كان من أَهْلِ الحِسَابِ ، احْتَمَلَ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ من الحِسَابِ اسْتِعْمالُ أَلْفاظِه لِمَعَانِيهَا فى اصْطِلَاحِهِم ، ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ ؛ لأَنَّه[27] لا يُمْنَعُ[28] أن يَسْتَعْمِلَ اصْطِلَاحَ العَامَّةِ . وإن قال : أَرَدْتُ دِرْهَمَيْنِ فى عَشَرَةٍ لى . لَزِمَهُ دِرْهَمانِ ؛ لأَنَّه يَحْتَمِلُ ما يَقُولُ . وإن قال : دِرْهَمَانِ فى دِينَارٍ . لم يَحْتَمِلِ الحِسَابَ ، وسُئِلَ عن مُرَادِه ، فإن قال : أَرَدْتُ العَطْفَ أو مَعْنَى مع . لَزِمَهُ الدِّرْهَمانِ والدِّينَارُ . وإن قال : أَسْلَمْتُهما فى دِينَارٍ . فَصَدَّقَهُ المُقَرُّ له ، بَطَلَ إقْرارُه ؛ لأَنَّ سَلَمَ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فى الآخَرِ لا يَصِحُّ ، وإن كَذَّبَهُ ، فالقولُ قولُ المُقَرِّ له ؛ لأَنَّ المُقِرَّ وَصَلَ إقْرَارَه بما يُسْقِطُه ، فلَزِمَه ما أَقَرَّ به ، وبَطَلَ قولُه فى دِينَارٍ . وكذلك إن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمانِ فى ثَوْبٍ . وفَسَّرَهُ بالسَّلَمِ ، أو قال : فى ثَوْبٍ اشْتَرَيْتُه منه إلى سَنَةٍ . فصَدَّقَه ، بَطَلَ إقْرَارُه ؛ لأَنَّه إن كان بعدَ التَّفَرُّقِ ، بَطَلَ السَّلَمُ وسَقَطَ الثَّمَنُ ، وإن كان قبلَ التَّفَرُّقِ فالمُقِرُّ بالخِيَارِ بين الفَسْخِ والإمْضَاءِ . وإن كَذَّبَهُ المُقَرُّ له ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، وله الدِّرْهَمَانِ .

190/4و

فصل : وإن قال : له عِنْدِى دِرْهَمٌ فى ثَوْبٍ ، أو فى كِيسٍ ، أو زَيْتٌ فى جَرَّةٍ ، أو تِبْنٌ فى غِرَارَةٍ ، أو تَمْرٌ فى جِرَابٍ ، أو سِكِّينٌ فى قِرَابٍ ، أو فَصٌّ فى خَاتَمٍ ، أو كِيسٌ فى صُنْدُوقٍ . أو قال : غَصَبْتُ منه ثَوْبًا فى مِنْدِيلٍ ، أو زَيْتًا فى زِقٍّ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يكونُ مُقِرًّا بالمَظْرُوفِ دون الظَّرْفِ . هذا اخْتِيَارُ ابنِ حامِدٍ ، ومَذْهَبُ مالِكٍ والشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ إقْرَارَهُ لم يَتَنَاوَلِ الظَّرْفَ ، فيَحْتَمِلُ أن يكونَ فى ظَرْفٍ لِلْمُقِرِّ ، فلم يَلْزَمْهُ . والثانى ، يَلْزَمُه الجَمِيعُ ؛ لأَنَّه ذَكَرَ ذلك فى سِيَاقِ الإقْرَارِ ، ويَصْلُحُ أن يكونَ مُقِرًّا به ، فلَزِمَهُ ، كما لو قال: له عِنْدِى عَبْدٌ عليه عِمَامَةٌ . وقال أبو حنيفةَ فى الغَصْبِ :

---

(27) فى الأصل : « فإنه » .

(28) فى الأصل : « يمتنع » .

يَلْزَمُه ، ولا يَلْزَمُه فى بَقِيَّةِ الصُّوَرِ ؛ لأنَّ المِنْدِيلَ يكونُ ظَرْفًا لِلثَّوْبِ ، فالظَّاهِرُ أنَّه ظَرْفٌ له فى حالِ الغَصْبِ ، وصَارَ كأنَّه قال : غَصَبْتُ ثَوْبًا و مِنْدِيلًا . ولَنا ، أنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ المِنْدِيلُ للغَاصِبِ ، وهو ظَرْفٌ لِلثَّوْبِ ، فيقولُ : غَصَبْتُ ثَوْبًا فى مِنْدِيلٍ لى . ولو قال هذا لم يكنْ مُقِرًّا بِغَصْبِه ، فإذا أطْلَقَ ، كان مُحْتَمِلًا له ، فلم يكُنْ مُقِرًّا بِغَصْبِه ، كما لو قال : غَصَبْتُ دَابَّةً فى إصْطَبْلِها . أو : له عَلَىَّ ثَوْبٌ فى مِنْدِيلٍ . وإن قال : له عِنْدِى جَرَّةٌ فيها زَيْتٌ ، أو جِرَابٌ فيه تَمْرٌ ، أو قِرَابٌ فيه سِكِّينٌ . فعلى وَجْهَيْنِ[29] . وإن قال : له عَلَىَّ خاتَمٌ فيه فَصٌّ . فكذلك . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مُقِرًّا به[30] بِفَصِّه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الفَصَّ جُزْءٌ من أجْزَاءِ الخَاتَمِ ، فأشْبَه ما لو قال : له عَلَىَّ ثَوْبٌ فيه عَلَمٌ . ولو قال : له عِنْدِى خَاتَمٌ . وأطْلَقَ ، لَزِمَهُ الخَاتَمُ بِفَصِّه ؛ لأنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَجْمَعُهُما . وإن قال : له عَلَىَّ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ . لَزِمَهُ الثَّوْبُ بِطِرَازِهِ .

فصل : وإن قال : له عِنْدِى دَارٌ مَفْرُوشَةٌ ، أو دَابَّةٌ مُسْرَجَةٌ ، أو عَبْدٌ عليه عِمَامَةٌ . ففيه أيضا وَجْهانِ . وقال أصْحَابُ الشّافِعِىِّ : تَلْزَمُهُ عِمامَةُ العَبْدِ دون الفَرْشِ أو السَّرْجِ ؛ لأنَّ العَبْدَ يَدُه على عِمَامَتِه ، ويَدُه كَيَدِ سَيِّدِه ، ولا يَدَ لِلدَّابَّةِ والدَّارِ . ولَنا ، أنَّ الظَّاهِرَ أن سَرْجَ الدَّابَّةِ لِصَاحِبِها ، وكذلك لو تَنَازَعَ رَجلانِ سَرْجًا على دَابَّةِ أحَدِهما ، كان /لِصَاحِبِها ، فصَارَ كعِمامَةِ العَبْدِ . فأمَّا إن قال : له عِنْدِى دَابَّةٌ بِسَرْجِها ، أو دَارٌ بِفَرْشِها ، أو سَفِينَةٌ بِطَعَامِها . كان مُقِرًّا بهما بغيرِ خِلَافٍ ؛ لأنَّ الباءَ تُعَلِّقُ الثانِىَ بالأوَّلِ .

٤/١٩٠ظ

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ ، أو دِينَارٌ . أو : إما دِرْهَمٌ وإما دِينَارٌ . كان مُقِرًّا بأحَدِهما ، يُرْجَعُ فى تَفْسِيرِه إليه ؛ لأنَّ « أوْ » و « إمَّا » فى الخَبَرِ لِلشَّكِّ ، وتَقْتَضِى أحَدَ المَذْكُورَيْنِ لا جَمِيعَهما . وإن قال : له عَلَىَّ إمَّا دِرْهَمٌ وإما دِرْهَمَانِ . كان مُقِرًّا بِدِرْهَمٍ ، والثانى مَشْكُوكٌ فيه ، فلا يَلْزَمُه بالشَّكِّ .

---

(٢٩) فى ا ، ب : « الوجهين » .

(٣٠) سقط من : ب .

٨٥٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقَرَّ بِشَىْءٍ ، وَاسْتَثْنَى مِنْهُ الْكَثِيرَ ، وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ ، أُخِذَ بالكُلِّ ، وكَانَ اسْتِثْنَاؤُه بَاطِلًا)

لا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ أنَّه لا يجوزُ اسْتِثْنَاءُ ما زَادَ على النِّصْفِ . ويُحْكَى ذلك عن ابنِ دَرَسْتَوَيْه النَّحْوِىِّ[١] . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأصْحَابُهم : يَصِحُّ مالم يَسْتَثْنِ الكُلَّ ، فلو قال : له عَلَىَّ مائةٌ إلَّا تِسْعَةً وتِسْعِينَ . لم يَلْزَمْهُ إلَّا واحِدٌ ، بدَلِيلِ قولِه تعالَى : ﴿ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ ٱلْمُخْلَصِينَ ﴾[٢] . وقولِه تعالَى : ﴿ إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ ﴾[٣] . فاسْتَثْنَى فى مَوْضِعٍ الغَاوِينَ من العِبَادِ ، وفى مَوْضِعٍ العِبَادَ من الغَاوِينَ ، وأيُّهما كان الأَكْثَرَ فقد دَلَّ على اسْتِثْنَاءِ الأَكْثَرِ . وأنْشَدُوا :

أَدُّوا التى نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنْ مائةٍ ثم ابْعَثُوا حَكَمًا بالحَقِّ قَوَّامًا[٤]

فَاسْتَثْنَى تِسْعِينَ من مائةٍ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الاسْتِثْنَاءِ ، ومُشَبَّهٌ به ، ولأنَّه اسْتَثْنَى البَعْضَ ، فجَازَ ، كاسْتِثْنَاءِ الأَقَلِّ ، ولأنَّه رَفَعَ بعضَ ما تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، فجازَ فى الأَكْثَرِ ، كالتَّخْصِيصِ والبَدَلِ . ولَنا ، أنَّه لم يَرِدْ فى لِسَانِ العَرَبِ الاسْتِثْنَاءُ إلَّا فى الأَقَلِّ ، وقد أَنْكَرُوا اسْتِثْنَاءَ الأَكْثَرِ ، فقال أبو إسحاقَ الزَّجَّاجُ[٥] : لم يَأْتِ الاسْتِثْنَاءُ إلَّا فى القَلِيلِ من الكَثِيرِ ، ولو قال قائِلٌ : مائةٌ إلَّا تِسْعَةً وتِسْعِينَ . لم يكُنْ مُتَكَلِّمًا بالعَرَبِيَّةِ ، وكان عِيًّا من الكَلَامِ ولُكْنَةً . وقال القُتَيْبِىُّ[٦] : يُقال : صُمْتُ الشَّهْرَ إلَّا يَوْمًا . ولا يُقَالُ : صُمْتُ

---

(١) أبو محمد عبد الله بن جعفر بن المرزبان الفارسى الفسوى ، تلميذ المبرد ، توفى سنة سبع وأربعين وثلاثمائة . تاريخ العلماء النحويين ٤٦ ، ٤٧ .

(٢) سورة ص ٨٢ ، ٨٣ .

(٣) سورة الحجر ٤٢ .

(٤) سيأتى قول ابن فضال : إنه بيت مصنوع .

(٥) فى ب : « الزجاجى » خطأ . وهو إبراهيم بن السرى ، صاحب كتاب « معانى القرآن وشرح إعرابه » ، المتوفى سنة ست عشرة وثلاثمائة . تاريخ العلماء النحويين ٣٨ ، ٣٩ .

(٦) أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينورى ، المتوفى سنة ست وسبعين ومائتين . تاريخ العلماء النحويين ٢٠٩ ، ٢١٠ .

الشَّهْرَ إِلَّا تِسْعَةً وعِشْرِينَ يَوْمًا . ويقال : لَقِيتُ القَوْمَ جَمِيعَهم إِلَّا واحِدًا أو اثْنَيْنِ . ولا يجوزُ أن يقولَ : لَقِيتُ القَوْمَ إِلَّا أَكْثَرَهم . وإذا لم يَكُنْ صَحِيحًا فى الكلامِ ، لم يَرْتَفِعْ به ما أَقَرَّ به ، كاسْتِثْنَاءِ الكُلِّ . وكما لو قال : له عَلَيَّ عَشَرَةٌ ، بل خَمْسَةٌ . فأمَّا ما احْتَجُّوا به من التَّنْزِيلِ ، فإنَّه فى الآيَةِ الأُولَى اسْتَثْنَى المُخْلَصِينَ من بَنِى آدَمَ ، وهم الأَقَلُّ ، كما قال تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُوا الصَّـٰلِحَـٰتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾(7) . وفى الأُخْرَى اسْتَثْنَى الغَاوِينَ من العِبَادِ وهم الأَقَلُّ، فإنَّ المَلَائِكَةَ من العِبَادِ، وهم غيرُ غَاوِينَ، قال اللهُ تعالى: ﴿بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾(8) . وقيل: الاسْتِثْناءُ فى هٰذه الآيَةِ مُنْقَطِعٌ بمعنى الاسْتِدْرَاكِ، فيكونُ قولُه: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ﴾ مُبْقًى على عُمُومِه، لم يُسْتَثْنَ منه شىءٌ، ثم اسْتَأْنَفَ: ﴿ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾. أى لكنْ من اتَّبَعَكَ من الغَاوِينَ فإنَّهم غَوَوْا باتِّبَاعِكَ . وقد دَلَّ على صِحَّةِ هذا قولُه فى الآيَةِ الأُخْرَى لأَتْباعِه : ﴿ وَمَا كَانَ لِىَ عَلَيْكُم مِّنْ سُلْطَـٰنٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِى ﴾(9) . وعلى هذا لا يكونُ لهم فيها حُجَّةٌ . وأمَّا البَيْتُ فقال ابن فَضَّالٍ النَّحْوِىُّ(10) : / هو بَيْتٌ مَصْنُوعٌ ، لم يَثْبُتْ عن العَرَبِ . على أن هذا ليس باسْتِثْنَاءٍ ، فإنَّ الاسْتِثْنَاءَ له كَلِمَاتٌ مَخْصُوصَةٌ ليس هٰهُنا(11) شىءٌ منها ، والقِيَاسُ لا يَجُوزُ فى اللُّغَةِ . ثم نُعَارِضُه بأنَّه اسْتَثْنَى أَكْثَرَ من النِّصْفِ ، فلم يَجُزْ ، كاسْتِثْنَاءِ الكُلِّ . والفَرْقُ بين اسْتِثْنَاءِ الأَكْثَرِ والأَقَلِّ ، أنَّ العَرَبَ اسْتَعْمَلَتْهُ فى الأَقَلِّ وحَسَّنَتْهُ ، ونَفَتْهُ فى الأَكْثَرِ وقَبَّحَتْهُ ، فلم يَجُزْ قِيَاسُ ما قَبَّحُوه على ما جَوَّزُوهُ وحَسَّنُوهُ .

١٩١/٤ و

فصل : وفى اسْتِثْنَاءِ النِّصْفِ وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يجوزُ . وهو ظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛

---

(7) سورة ص ٢٤ .

(8) سورة الأنبياء ٢٦ .

(9) سورة إبراهيم ٢٢ .

(10) أبو الحسن على بن فضال بن على المجاشعى ، إمام النحو ، صاحب المؤلفات ، توفى سنة تسع وسبعين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٨ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ .

(11) فى الأصل ، م : « هنا » .

لِتَخْصِيصِه الإِبْطَالَ بما زَادَ على النِّصْفِ ، لأنَّه ليس بأَكْثَرَ ، فجَازَ كالأَقَلِّ . والثانى ، لا يجوزُ ، ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ؛ لأنَّه لم يَرِدْ فى كلامِهم إلَّا[١٢] القَلِيلُ من الكَثِيرِ ، والنِّصْفُ ليس بِقَلِيلٍ .

فصل : وإذا قال : له عَلَىَّ عَشَرَةٌ ، إلَّا سَبْعَةً ، إلَّا خَمْسَةً ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ . صَحَّ ، وكان مُقِرًّا بِستَّةٍ ، وذلك لأنَّه إذا استَثْنَى الكُلَّ أو الأَكْثَرَ ، سَقَطَ إن وَقَفَ عليه ، وإن وَصَلَهُ باسْتِثْنَاءٍ آخَرَ اسْتَعْمَلْنَاه ، لأنَّ الاسْتِثْنَاءَ مع المُسْتَثْنَى منه عِبَارَةٌ عمَّا بَقِىَ ، فإنَّ خَمْسَةً إلَّا دِرْهَمَيْنِ عِبَارَةٌ عن ثَلَاثَةٍ ، اسْتَثْناهَا من سَبْعَةٍ ، بَقِىَ أَرْبَعَةٌ مُسْتَثْناةٌ[١٣] من عَشَرَةٍ ، بَقِىَ منها سِتَّةٌ . وإن قال : له عَلَىَّ ثَمَانِيَةٌ ، إلَّا أَرْبَعَةً ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ على قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى النِّصْفَ . وصَحَّ على الوَجْهِ الآخرِ ، فلَزِمَهُ خَمْسَةٌ . وإن قال : عَلَىَّ عَشَرَةٌ ، إلَّا خَمْسَةً ، إلَّا ثَلَاثَةً ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ كلُّه على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وصَحَّ فى الآخرِ ، فيكونُ مُقِرًّا بِسَبْعَةٍ . ولو قال : عَشَرَةٌ ، إلَّا سِتَّةً ، إلَّا أَرْبَعَةً ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ . فهو على الوَجْهِ الذى يَصِحُّ فيه الاسْتِثْنَاءُ مُقِرٌّ بِسِتَّةٍ . ولو قال : ثَلَاثَةٌ ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إلَّا دِرْهَمًا . كان مُقِرًّا بِدِرْهَمَيْنِ[١٤] . فأمَّا إن قال : له عَلَىَّ ثَلَاثَةٌ ، إلَّا ثَلَاثَةً ، إلَّا دِرْهَمَيْنِ . بَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ كلُّه ؛ لأنَّ اسْتِثْنَاءَ دِرْهَمَيْنِ من ثَلَاثَةٍ اسْتِثْنَاءُ الأَكْثَرِ ، وهو مَوْقُوفٌ عليه ، فبَطَلَ ، فإذا بَطَلَ الثانى بَطَلَ الأَوَّلُ ؛ [١٥]لأنَّه اسْتِثْنَاءُ[١٦] الكُلِّ[١٥] . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ فى هذا ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَبْطُلُ الاسْتِثْنَاءُ ؛ لأنَّ الأَوَّلَ بَطَلَ ، لِكَوْنِه اسْتِثْنَاءَ[١٦] الكُلِّ ، فبَطَلَ الثانى ؛ لأنَّه فَرْعُه . والثانى ، يَصِحُّ ، ويَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ ؛ لأنَّ الاسْتِثْنَاءَ الأَوَّلَ لمَّا بَطَلَ ، جَعَلْنَا الاسْتِثْنَاءَ الثانِىَ من الإِقْرَارِ ؛ لأنَّه وَلِيَهُ لِبُطْلَانِ ما بينهما . والثالث ،

---

(١٢) فى ا زيادة : « فى » .

(١٣) فى الأصل ، م : « استثناه » .

(١٤) فى الأصل ، ب ، م : « بثلاثة » .

(١٥ - ١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى ا : « استثنى » .

يَصِحُّ ، ويكون مُقِرًّا بِدِرْهَمَيْنِ ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى دِرْهَمَيْنِ [17] من ثَلاثَةٍ [17] ، فَيَبْقَى منها دِرْهَمٌ مُسْتَثْنًى من الإقْرارِ ، واسْتِثْناءُ الأَكْثَرِ عندَهم صحيحٌ [18] . ووَافَقَهم القاضى فى هذا الوَجْهِ . وإن قال : ثَلاثَةٌ ، إلَّا ثَلاثَةً ، إلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الاسْتِثْناءُ كلُّه . ويَجِىءُ على قَوْلِ أصْحَابِ الشّافِعِىِّ فيه مثلُ ما فى التى قَبْلَها .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، إلَّا خَمْسِينَ . فالمُسْتَثْنَى دَرَاهِمُ ؛ لأنَّ العَرَبَ لا تَسْتَثْنِى فى الإثْبَاتِ إلَّا من الجِنْسِ . وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ ، إلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا . فالجَمِيعُ دَرَاهِمُ كذلك . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ حامِدٍ والقاضى ، وهو قولُ أبى ثَوْرٍ . وقال أبو الحَسَنِ التَّمِيمِىُّ ، وأبو الخَطَّابِ : يكونُ الأَلْفُ مُبْهَمًا ، يُرْجَعُ فى تَفْسِيرِه إليه . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الاسْتِثْنَاءَ عِنْدَهما يَصِحُّ من غير الجِنْسِ ، ولأنَّ لَفْظَهُ فى [19] الأَلْفِ مُبْهَمٌ والدِّرْهَمُ [20] لم يُذْكَرْ تَفْسِيرًا له ، فَيَبْقَى على إبْهَامِهِ . ولَنا ، أنَّه لم يَرِدْ عن العَرَبِ الاسْتِثْنَاءُ فى الإثْبَاتِ إلَّا من الجِنْسِ ، فمتى عُلِمَ أحَدُ الطَّرَفَيْنِ عُلِمَ أنَّ الآخَرَ من جِنْسِه ، كما لو عُلِمَ المُسْتَثْنَى منه ، وقد سَلَّمُوهُ ، وعِلَّتُه تَلازُمُ المُسْتَثْنَى / والمُسْتَثْنَى منه فى الجِنْسِ ، فما ثَبَتَ فى أحَدِهما ثَبَتَ فى الآخَرِ ، فعَلَى قولِ التَّمِيمِىِّ [21] وأبى الخَطَّابِ [21] يُسْأَلُ عن [22] المُسْتَثْنَى منه [19] ، فإن فَسَّرَهُ بغيرِ الجِنْسِ ، بَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ ، وعلى قولِ غَيْرِهما يُنْظَرُ فى المُسْتَثْنَى ، إن كان مِثْلَ المُسْتَثْنَى منه أو أَكْثَرَ ، بَطَلَ ، وإلَّا صَحَّ . [23] وعند القاضى يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ ، ويصحُّ تفسيرُ الألِفِ بأىِّ شىءٍ كان ، إذا كان من قيمةِ ذلك الشىءِ ، بعد اسْتِثْناءِ الدراهِم منه [23] .

١٩١/٤ ظ

(١٧ – ١٧) سقط من : ب .

(١٨) فى الأصل ، م : « لا يصح » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م : « والدراهم » .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٢) فى الأصل ، ا ، م : « على » .

(٢٣ – ٢٣) سقط من : الأصل ، م . وفى ا : « الشافعى » مكان : « القاضى » .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ تِسْعَةٌ وتِسْعُونَ دِرْهَمًا . فالجَمِيعُ دَرَاهِمُ . لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . وإن قال : مائةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا . فكذلك . وخَرَّجَ بعضُ أصْحابِنَا وَجْهًا أنَّه لا يكونُ تَفسِيرًا إلَّا لما يَلِيه ، وهو قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وكذلك إن قال : ألْفٌ وثَلاثَةُ دَرَاهِمَ ، أو خَمْسُونَ دِرْهَمًا[٢٤] وألْفُ دِرْهَمٍ ، أو ألْفٌ ومائةُ دِرْهَمٍ ، أو مائةٌ وألْفُ دِرْهَمٍ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنا ؛ فإنَّ الدِّرْهَمَ المُفَسِّرَ يكون تَفْسِيرًا[٢٥] لِجَمِيعِ ما قَبْلَه من الجُمَلِ[٢٦] المُبْهَمَةِ وجِنْسِ العَدَدِ ، قال اللهُ تعالى مُخْبِرًا عن أحَدِ الخَصْمَيْنِ أنَّه قال : ﴿ إِنَّ هَٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً ﴾[٢٧] . وفى الحَدِيثِ أنَّ رسولَ الله ﷺ تُوُفِّىَ وهو ابنُ ثَلاثٍ وسِتِّينَ سَنَةً ، وتُوُفِّىَ أبو بكرٍ وهو ابنُ ثَلاثٍ وسِتِّينَ سَنَةً ، وتُوُفِّىَ عمرُ وهو ابنُ ثَلاثٍ وسِتِّينَ سَنَةً[٢٨] . وقال عَنْتَرَةُ[٢٩] :

فيها اثْنَتَانِ وأرْبَعُونَ حَلُوبَةً ... سُودًا كخَافِيَةِ الغُرَابِ الأسْحَمِ

ولأنَّ الدِّرْهَمَ ذُكِرَ تَفْسِيرًا ، ولهذا لا تَجِبُ به زِيَادَةٌ على العَدَدِ المَذْكُورِ ، فكان تَفْسِيرًا لِجَمِيعِ ما قبلَه ، لأنَّها تَحْتَاجُ إلى تَفْسِيرٍ ، وهو صَالِحٌ لِتَفْسِيرِها ، فوَجَبَ حَمْلُه على ذلك . وهذا المَعْنَى مَوْجُودٌ فى قَوْلِه : ألْفٌ وثَلاثَةُ دَرَاهِمَ . وسائِرِ الصُّوَرِ المَذْكُورَةِ ، فعلى قولِ مَن لا يَجْعَلُ المُجْمَلَ من جِنْسِ المُفَسَّرِ لو[٣٠] قال : بِعْتُكَ هذا

---

(٢٤) سقط من : ا .

(٢٥) فى ب : « مفسرا » .

(٢٦) فى ا : « الجملة » .

(٢٧) سورة ص ٢٣ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٩٦ .

وسن رسول الله ﷺ أخرجه البخارى فى : باب خاتم النبيين من كتاب المناقب ، وباب وفاة النبى ﷺ ، من كتاب المغازى ٤ / ٢٢٦ ، ٦ / ١٩ . والترمذى ، فى : باب مبعث النبى ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ١٠٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٧٠ ، ٣٧١ .

(٢٩) ديوانه ٩٩ .

(٣٠) فى ب ، م : « أو » .

بمائةٍ وخَمْسِينَ دِرْهَمًا ، أو بخَمْسَةٍ وعِشْرِينَ دِرْهَمًا . لا يَصِحُّ . وهو قولٌ شَاذٌّ ضَعِيفٌ لا يُعَوَّلُ عليه .

فصل : وإن قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ ، أو أَلْفٌ وثَوْبٌ ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ فالمُجْمَلُ من جِنْسِ المُفَسَّرِ أيضا . وكذلك إن قال : أَلْفُ دِرْهَمٍ وعَشَرَةٌ ، أو أَلْفُ ثَوْبٍ وعِشْرُونَ . وهذا قولُ القاضي ، وابنِ حامِدٍ ، وأبي ثَوْرٍ . وقال التَّمِيمِيُّ ، وأبو الخَطّابِ : يُرْجَعُ في تَفْسِيرِ المُجْمَلِ إليه ، لأنَّ الشيءَ يُعْطَفُ على جِنْسِه ، قال الله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾[٣١] . ولأنَّ الألْفَ مُبْهَمٌ فرُجِعَ في تَفْسِيرِه إلى المُقِرِّ ، كما لو لم يَعْطِفْ عليها . وقال أبو حنيفةَ : إن عَطَفَ على المُبْهَمِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، كان تَفْسِيرًا له ، وإن عَطَفَ مَذْرُوعًا أو مَعْدُودًا ، لم يكُنْ تَفْسِيرًا ؛ لأنَّ عَلَيَّ للإيجابِ في الذِّمَّةِ ، فإن عَطَفَ عليه ما يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ بنَفْسِه ، كان تَفْسِيرًا له[٣٢] كقَوْلِه : مائةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا . ولَنا ، أنَّ العَرَبَ تَكْتَفِي بتَفْسِيرِ إحْدَى الجُمْلَتَيْنِ عن الجُمْلَةِ[٣٣] الأُخْرَى ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَمِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا ﴾[٣٤] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ ﴾[٣٥] . ولأنَّه ذَكَرَ مُبْهَمًا مع مُفَسَّرٍ لم يَقُمِ الدَّلِيلُ على أنَّه من غيرِ جِنْسِه ، فكان المُبْهَمُ / من جِنْسِ المُفَسَّرِ ، كما لو قال : مائةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا ، أو ثَلاثُمائة وثَلاثَةَ عَشَرَ رَجُلًا . يُحَقِّقُه أنَّ المُبْهَمَ يَحْتاجُ إلى التَّفْسِيرِ ، وذِكْرُ التَّفْسِيرِ في الجُمْلَةِ المُقارِنَةِ له يصلُحُ أن يُفَسِّرَه ، فوَجَبَ حَمْلُ الأمْرِ على ذلك ، أمّا قوله : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . فإنَّه امْتَنَعَ أن يكونَ العَشْرُ أَشْهُرًا لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ العَشْرَ بغيرِ هاءٍ عَدَدٌ لِلْمُؤَنَّثِ ، والأَشْهُرُ

١٩٢/٤ و

---

(٣١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) سورة الكهف ٢٥ .

(٣٥) سورة ق ١٧ .

مُذَكَّرَةً ، فلا يجوزُ أن تُعَدَّ بغَيْرِها . الثانى ، أنَّها لو كانت أَشْهُرًا لَقال : أَرْبَعَةَ عَشَرَ شَهْرًا . بالتَّرْكِيبِ ، لا بالعَطْفِ ، كما قال : ﴿ عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ﴾(٣٦) . وقَوْلُهم : إنَّ الأَلْفَ مُبْهَمٌ . قُلْنا : قد قُرِنَ به ما يَدُلُّ على تَفْسِيرِه ، فأَشْبَهَ مالو قال : مائةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا ، أو مائةٌ ودِرْهَمٌ . عندَ أبى حنيفةَ . فإن قِيلَ : إذا قال : مائةٌ وخَمْسُونَ دِرْهَمًا . فالدِّرْهَمُ ذُكِرَ لِلتَّفْسِيرِ ، ولهذا لا يَزْدَادُ به العَدَدُ ، فصَلَحَ تَفْسِيرُ الجَمِيعِ ما قبلَه ، بخِلَافِ قَوْلِه : مائةُ دِرْهَمٍ . فإنه ذَكَرَ الدِّرْهَمَ للإِيجَابِ ، لا لِلتَّفْسِيرِ ، بِدَلِيلِ أنَّه زَادَ به العَدَدَ . قُلْنا: هو صَالِحٌ لِلإِيجَابِ والتَّفْسِيرِ معًا، والحاجَةُ داعِيَةٌ إلى التَّفْسِيرِ، فوَجَبَ حَمْلُ الأَمْرِ على ذلك ، صِيَانَةً لِكَلَامِ المُقِرِّ عن الإِلْبَاسِ(٣٧) والإِبْهَامِ ، وصَرْفًا له إلى البَيَانِ والإِفْهَامِ . وقولُ أصْحابِ أبى حنيفةَ : إن « علىَّ » للإِيجَابِ . قُلْنا : فمَتَى عُطِفَ ما يَجِبُ بها على ما يَجِبُ ، وكان أَحَدُهُما مُبْهَمًا والآخَرُ مُفَسَّرًا ، وأَمْكَنَ تَفْسِيرُه به ، وَجَبَ أن يكونَ المُبْهَمُ من جِنْسِ المُفَسَّرِ ، فأمَّا إن لم يُمْكِنْ(٣٨) ، مثل أن يُعْطَفَ عَدَدُ المُذَكَّرِ على المُؤَنَّثِ ، أو بالعَكْسِ ، ونحو ذلك ، فلا يكونُ أَحَدُهما من جِنْسِ الآخَرِ ، ويَبْقَى المُبْهَمُ على إبْهامِه ، كما لو قال : له عَلَىَّ أرْبَعَةُ دَرَاهِمَ وعَشْرٌ .

٨٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَالَ : لَهُ عِنْدِى عَشَرَةُ دَرَاهِمَ . ثُمَّ قَالَ : وَدِيعَةً . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ)

وجُمْلَتُه أنَّ مَنْ أقَرَّ بهذا اللَّفْظِ، فقال: له عِنْدِى دَرَاهِمُ. فَسَّرَ إقْرارَهُ بأنَّها وَدِيعَةٌ، قُبِلَ تَفْسِيرُه . لا نَعْلَمُ فيه اخْتِلافًا بين أَهْلِ العِلْمِ ، سواءٌ فَسَّرَهُ بكلامٍ مُتَّصِلٍ أو مُنْفَصِلٍ ؛ لأنَّه فَسَّرَ لَفْظَهُ بما يَقْتَضِيه ، فقُبِلَ ، كما لو قال : له عَلَىَّ دَرَاهِمُ . وفَسَّرَها بدَيْنٍ عليه ، فعِنْدَ ذلك تَثْبُتُ فيها أحْكَامُ الوَدِيعَةِ ، بحيثُ لو ادَّعَى تَلَفَها بعدَ ذلك أو

---

(٣٦) سورة المدثر ٣٠ .

(٣٧) فى ب : « الالتباس » .

(٣٨) فى ب ، م : « يكن » .

رَدَّها كان القولُ قولَه . وإن فَسَّرَها بِدَيْنٍ عليه ، قُبِلَ أيضا ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نَفْسِه بما هو أَغْلظ . وإن قال : له عِنْدِى وَدِيعَةٌ رَدَدْتُها إليه . أو تَلِفَتْ . لَزِمَهُ ضَمَانُها ، ولم يُقْبَلْ قولُه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ؛ لما فيه من مُنَاقَضَةِ الإقْرَارِ ، والرُّجُوعِ عما أقَرَّ به ، فإنَّ الأَلْفَ المَرْدُودَ والتَّالِفَ ليستْ عندَه أصْلًا ، ولا هى وَدِيعَةٌ ، وكلُّ كَلَامٍ يُنَاقِضُ الإقْرَارَ ويُحِيلُه ، يَجِبُ أن يكونَ مَرْدُودًا . وقال القاضى : يُقْبَلُ قولُه ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى رِوَايَةِ ابن مَنْصُورٍ : إذا قال : لك عِنْدِى وَدِيعَةٌ دَفَعْتُها إليك . صُدِّقَ ؛ لأنَّه ادَّعَى تَلَفَ الوَدِيعَةِ ، أو رَدَّهَا ، فقُبِلَ ، كما لو ادَّعَى ذلك بكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ . وإن قال : كانت عِنْدِى ، وظَنَنْتُ أنها باقِيَةٌ ، ثم عَرَفْتُ أنَّها كانتْ قد هَلَكَتْ . فالحُكْمُ فيها كالتى قَبْلَها .

٨٥٤ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَىَّ أَلْفٌ . ثُمَّ قَالَ : وَدِيعَةً . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه إذا أقَرَّ بِدَرَاهِمَ بقَوْلِه : عَلَىَّ كذا . ثم فَسَّرَهُ بالوَدِيعَةِ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ، / فلو ادَّعَى بعدَ هذا تَلَفَها ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . ٤/١٩٢ ظ وقِيلَ عن الشّافِعِىِّ : يُقْبَلُ قَوْلُه أنها وَدِيعَةٌ ، وإذا ادَّعَى بعد ذلك تَلَفَها ، قُبِلَ منه . وقال القاضى ما يَدُلُّ على هذا أيضا ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ عليه حِفْظُها ورَدُّها ، فإذا قال : عَلَىَّ . وفَسَّرَها بذلك ، احْتَمَلَ صِدْقَه ، فقُبِلَ منه ، كما لو وَصَلَه بكَلَامِه ، فقال : له[1] عَلَىَّ أَلْفٌ وَدِيعَةً . ولأنَّ حُرُوفَ الصِّلَاتِ[2] يَخْلُفُ بَعْضُها بَعْضًا ، فيَجوزُ أن يَسْتَعْمِلَ « عَلَىَّ » بمعنى « عِنْدِى » كما قال اللهُ تعالى إخْبارًا عن مُوسَى عليه السَّلَامُ ، أنَّه قال : ﴿ وَلَهُمْ عَلَىَّ ذَنْبٌ ﴾[3] . أى عِنْدِى . ولَنا ، أنَّ « عَلَىَّ » للإيجابِ ، وذلك يَقْتَضِى كَوْنَها فى ذِمَّتِه ، وكذلك لو قال : ما عَلَى فُلَانٍ عَلَىَّ . كان ضَامِنًا له ، والوَدِيعَةُ ليستْ فى ذِمَّتِه ،

---

(١) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢) فى ا : « الصفات » .

(٣) سورة الشعراء ١٤ .

ولا هى عليه ، إنَّما هى عِنْدَهُ . وما ذَكَرُوهُ مَجازٌ ، طَرِيقُه حَذْفُ المُضَافِ وإقَامَةُ المُضَافِ إليه مُقَامَه ، أو إقَامَةُ حَرْفٍ مُقَامَ حَرْفٍ ، والإِقْرارُ يُؤْخَذُ فيه بظَاهِرِ اللَّفْظِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو قال : له عَلَىَّ دَرَاهِمُ . لَزِمَتْه ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، وإن جازَ التَّعْبِيرُ بِلَفْظِ الجَمْعِ عن اثْنَيْنِ ، وعن واحِدٍ ، كقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ فإنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾[٤] . ومَواضِعَ كَثِيرَةٍ فى القُرْآنِ . ولو قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ . وقال : أرَدْتُ نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فحَذَفْتُ المُضَافَ وأقَمْتُ المُضَافَ إليه مُقَامَه . لم يُقْبَلْ منه . ولو قال : لَكَ من مالِى أَلْفٌ . قال : صَدَقْتَ ، ثم قال : أرَدْتُ أنَّ عَلَيْكَ من مَالِى أَلْفًا ، وأقَمْتُ اللَّامَ مُقَامَ « عَلَىَّ » كقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾[٥] . لم يُقْبَلْ منه . ولو قُبِلَ فى الإِقْرارِ مُطْلَقُ الاحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ ، ولَقُبِلَ فى[٦] تَفْسِيرِ الدَّرَاهِمِ بالنَّاقِصَةِ والزَّائِفَةِ والمُؤَجَّلَةِ . وأمَّا إذا قال : لك عَلَىَّ أَلْفٌ . ثم قال : كان وَدِيعَةً فتَلِفَ . لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّه مُتَنَاقِضٌ . وقد سَبَقَ نَحْوٌ من هذا .

فصل : وإن قال : لك عَلَىَّ مائةُ دِرْهَمٍ . ثم أَحْضَرَها ، وقال : هذه التى أقْرَرْتُ بها ، وهى وَدِيعَةٌ كانت لك عِنْدِى . فقال المُقَرُّ له : هذه وَدِيعَةٌ ، والتى أقْرَرْت بها غيرُها ، وهى دَيْنٌ عليك . فقولُ الخِرَقِىِّ يَقْتَضِى أنَّ القَوْلَ قولُ المُقَرِّ له . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال القاضى : القَوْلُ قولُ المُقِرِّ مع يَمِينِه . ولِلشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ ، كالوَجْهَيْنِ ، وتَعْلِيلُهما ما تَقَدَّمَ . وإن كان قال فى إقْرَارِه : لك عَلَىَّ مائةٌ فى ذِمَّتِى . فإنَّ القاضىَ وَافَقَ هٰهُنا فى أنَّه لا يُقْبَلُ قولُ المُقِرِّ ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ عَيْنٌ لا تكونُ فى الذِّمَّةِ . قال : وقد[٧] يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ : فى ذِمَّتِى أداؤُهَا . ولأنَّه يجوزُ أن يكونَ عنده وَدِيعَة تَعَدَّى فيها ، فكان ضَمَانُها عليه فى ذِمَّتِه . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ فى هذه وَجْهانِ . فأمَّا إن وَصَلَ ذلك بكَلَامِه ، فقال : لك عَلَىَّ مائةٌ وَدِيعَةً . قُبِلَ ؛ لأنَّه وَصَلَ كَلَامَه بما يَحْتَمِلُه ، فصَحَّ .

---

(٤) سورة النساء ١١ .

(٥) سورة الإسراء ٧ .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧) فى ا ، ب ، م زيادة : « قيل » .

كما لو قال : لَهُ عَلَىَّ دَرَاهِمُ نَاقِصَةٌ . / وإن قال : لَهُ عَلَىَّ مائةٌ وَدِيعَةً دَيْنًا ، أو مُضَارَبَةً دَيْنًا . صَحَّ ، ولَزِمَهُ ضَمَانُها ؛ لأَنَّها قد يَتَعَدَّى فيها ، فتكون دَيْنًا ، وإن قال : أَرَدْتُ أنَّه شَرَطَ علىَّ ضَمَانَها . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّها لا[8] تَصِيرُ بذلك دَيْنًا . وإن قال : عِنْدَهُ مائةٌ وَدِيعَةً ، شَرَطَ علىَّ ضَمَانَها . لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُها ؛ لأَنَّ الوَدِيعَةَ لا تَصِيرُ بالشَّرْطِ مَضْمُونَةً . وإن قال : عَلَىَّ أو عِنْدِى[9] مائةُ دِرْهَمٍ عَارِيَّةً . لَزِمَته ، وكانت مَضْمُونَةً عليه ، سواءٌ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ العَارِيَّةِ فى الدَّرَاهِمِ أو بِفَسَادِها ؛ لأَنَّ ما ضُمِنَ فى العَقْدِ الصَّحِيحِ ضُمِنَ فى الفاسِدِ . وإن قال : أَوْدَعَنِى مائةً ، فلم أَقْبِضْها . أو أَقْرَضَنِى مائةً ، فلم آخُذْها . قُبِلَ قولُه مُتَّصِلًا ، ولم يُقْبَلْ إذا كان مُنْفَصِلًا . وهكذا إذا قال : نَقَدَنِى مائةً ، فلم أَقْبِضْها . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ .

١٩٣/٤ و

فصل : فإن قال : له فى هذا العَبْدِ أَلْفٌ . أو : له من هذا العَبْدِ أَلْفٌ . طُولِبَ بالبَيَانِ ، فإن قال : نَقَدَ عَنِّى أَلْفًا فى ثمَنِه . كان قَرْضًا ، وإن قال : نَقَدَ[10] فى ثَمَنِه أَلْفًا . قُلْنا : بَيِّنْ كم ثَمَنُ العَبْدِ ، وكيف كان الشِّرَاءُ ؟ فإن قال : إيجابٌ واحِدٌ ، وزَنَ أَلْفًا ووَزَنْتُ أَلْفًا . كان مُقِرًّا بِنِصْفِ العَبْدِ ، وإن قال : وَزَنْتُ أنا[8] أَلْفَيْنِ . كان مُقِرًّا بِثُلُثِه ، والقولُ قولُه مع يَمِينِه ، سواءٌ كانت القِيمَةُ قَدْرَ ما ذَكَرَهُ ، أو أَقَلَّ ؛ لأنَّه قد يَغْبِنُ وقد يُغْبَنُ . وإن قال : اشْتَرَيْنَاهُ[11] بإيجَابَيْنِ . قيل : فكم اشْتَرَى منه ؟ فإن قال : نِصْفًا ، أو ثُلُثًا ، أو أَقَلَّ ، أو أكْثَرَ . قُبِلَ منه مع يَمِينِه ، وافَقَ القِيمَةَ أو خَالَفَها . وإن قال : وَصَّى له بأَلْفٍ من ثَمَنِه . وصُرِفَ إليه من ثَمَنِه أَلْفٌ . وإن أَرَادَ أن يُعْطِيَهُ أَلْفًا من مَالِه ، من غيرِ ثَمَنِ العَبْدِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأَنَّ المُوصَى له يَتَعَيَّنُ حَقُّه فى ثَمَنِه . وإن فسَّر

---

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) فى الأصل ، م : « وعندى » .

(١٠) فى ا زيادة : « عنى » .

(١١) فى الأصل : « اشتريته » .

ذلك بألْفٍ من جنايةٍ جناها العَبْدُ ، فتعلَّقَتْ برقَبَتِه ، قُبلَ ذلك ، وله بَيْعُ العَبْدِ ، ودَفْعُ الألْفِ من ثمَنِه . وإن قال : أردْتُ أنَّه رَهْنٌ عندَه بألْفٍ . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ فى الذِّمَّةِ . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ يَتعلَّقُ بالرَّهْنِ ، فصَحَّ تَفْسِيرُه به ، كالجِنايَةِ . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ كما ذَكَرْنا فى الفَصْلِ جَميعِه .

فصل : وإن قال : له فى مَالِى هذا ألْفٌ ، أو من مَالِى ألْفٌ . وفَسَّرَهُ بدَيْنٍ أو وَدِيعَةٍ أو وَصِيَّةٍ فيه ، قُبِلَ . وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : لا يُقْبَلُ إقْرارُه ؛ لأنَّ مالَهُ ليس هو لغيرِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بألْفٍ ، فقُبِلَ ، كما لو قال : فى مَالِى . ويجوزُ أن يُضِيفَ إليه مالًا بعضُه لغيرِه . ويجوزُ أن يُضِيفَ مالَ غيرِه إليه ، لِاخْتِصَاصٍ له به ، أو يَدٍ له عليه ، أو وِلَايَة ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[12] وقال سُبْحانَه فى النِّساءِ : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾[13] . وقال لأزْواجِ رسولِ اللهِ ﷺ : ﴿ وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ ﴾[14] . فلا يَبْطُلُ إقْرارُه مع احْتِمالِ صِحَّتِه . وإن قال : أرَدْتُ هِبَةً . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ . وإن امْتَنَعَ من تَقْبِيضِها ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ الهِبَةَ فيها لا تَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ . وكذلك يُخَرَّجُ فيما إذا قال : لِفُلانٍ فى دارِى هذه نِصْفُها ، أو من دارِى بعضُها ، وقد نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على رِوايَتَيْنِ ، قال فى رِوايَةِ مُهَنَّا فى مَن قال : نِصْفُ عَبْدِى هذا لِفُلانٍ . لم يَجُزْ إلَّا أن يَقُولَ[15] وَهَبْتُه . وإن قال : نِصْفُ مَالِى هذا لِفُلانٍ . لا أعْرِفُ هذا . / ونَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ : إذا قال : فَرَسِى هذه لِفُلانٍ . فإقْرارُه جائِزٌ . فظَاهِرُ هذا صِحَّةُ الإقْرارِ .

٤/١٩٣ظ

---

(١٢) سورة النساء ٥ .

(١٣) سورة الطلاق ١ .

(١٤) سورة الأحزاب ٣٣ .

(١٥) فى م زيادة : « قد » .

فإن قال : له فى هذا المالِ نِصْفُه ، أو له نِصْفُ هذه الدَّارِ . فهو إقْرَارٌ صَحِيحٌ . وإن قال : له فى هذا المالِ أَلْفٌ . صَحَّ . وإن قال : له فى مِيرَاثِ أبى أَلْفٌ . فهو إقْرَارٌ بِدَيْنٍ على التَّرِكَةِ . وإن قال : فى مِيرَاثِى من أبِى . وقال : أرَدْتُ هِبَةً . قُبِلَ منه ، ولأنَّه إذا أضَافَ المِيرَاثَ إلى أبِيهِ ، فمُقْتَضَاهُ ما خَلَّفَه ، فيَقْتَضِى وُجُوبَ المُقَرِّ به فيه ، وإذا أضَافَ المِيرَاثَ إلى نَفْسِه ، فمَعْنَاهُ ما وَرِثْتُه وانْتَقَلَ إلىَّ ، فلا يُحْمَلُ على الوُجُوبِ ، وإذا أضَافَ إليه منه جُزْءًا ، فالظَّاهِرُ أنَّه جَعَلَ له جُزْءًا من مَالِه .

فصل : وإن قال : له فى هذا العَبْدِ شَرِكَةٌ . صَحَّ إقْرَارُه ، وله تَفْسِيرُه بأىِّ قَدْرٍ كان منه . وقال أبو يوسفَ : يكون مُقِرًّا بِنِصْفِه ؛ لِقَوْلِه تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي ٱلثُّلُثِ ﴾[16] . فاقْتَضَى ذلك التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُم ، كذا هٰهُنا . ولَنا ، أنَّ أىَّ جُزْءٍ كان له منه ، فله فيه شَرِكَةٌ ، فكان له تَفْسِيرُه بما شاءَ ، كالنِّصْفِ ، وليس إطْلَاقُ لَفْظِ الشَّرِكَةِ على ما دون النِّصْفِ مَجازًا ، ولا مُخَالِفًا للظَّاهِرِ ، والآيةُ ثُبِتَتْ التَّسْوِيَةَ فيها بِدَلِيلٍ ، وكذلك الحُكْمُ إذا قال : هذا العَبْدُ شَرِكَةٌ بَيْنَنا .

فَصْلٌ فى الإقْرَارِ بالمَجْهُولِ : وإذا قال : لِفُلَانٍ عَلَىَّ شىءٌ . أو كذا . صَحَّ إقْرَارُه ، ولَزِمَهُ تَفْسِيرُه . وهذا لا خِلَافَ فيه ، ويُفَارِقُ الدَّعْوَى ، حيث لا تَصِحُّ مَجْهُولَةً ؛ لِكَوْنِ الدَّعْوَى له والإقْرَارُ عليه ، فلَزِمَهُ[17] ما عليه مع الجَهَالَةِ دُونَ مالَه ، ولأنَّ المُدَّعِىَ إذا لم يُصَحِّحْ دَعْوَاه ، فله دَاعٍ إلى تَحْرِيرِها ، والمُقِرُّ لا دَاعِىَ له إلَّا التَّحْرِيرُ ، ولا يُؤْمَنُ رُجُوعُه عن إقْرَارِه ، فيَضِيعُ حَقُّ المُقَرِّ له ، فألْزَمْنَاهُ إيّاهُ مع الجَهَالَةِ ، فإن امْتَنَعَ من تَفْسِيرِه ، حُبِسَ حتى يُفَسِّرَ . وقال القاضى : يُجْعَلُ نَاكِلًا ، ويُؤْمَرُ المُقَرُّ له بالبَيَانِ ، فإن بَيَّنَ شيئا ، فصَدَّقَهُ المُقِرّ ، ثَبَتَ ، وإن كَذَّبَهُ ، وامْتَنَعَ من البَيَانِ ، قِيلَ

---

(16) سورة النساء 12 .

(17) فى ا : « فلزم » .

له : إن بَيَّنْتَ ، وإلَّا جَعَلْناكَ نَاكِلًا ، وقَضَيْنَا عليك . وهذا قولُ أصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، إلَّا أَنَّهم قالوا : إن بَيَّنْتَ وإلَّا حَلَّفْنا[18] المُقَرَّ له على ما يَدَّعِيهِ ، وأَوْجَبْنَاهُ عليك . فإن فَعَلَ ، وإلَّا أَحْلَفْنَا المُقَرَّ له ، وأَوْجَبْنَاهُ على المُقِرِّ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه مُمْتَنِعٌ من حَقٍّ عليه ، فيُحْبَسُ به ، كما لو عَيَّنَهُ وامْتَنَعَ من أدَائِه . ومع ذلك متى عَيَّنَهُ المُدَّعِي وادَّعَاهُ ، فنَكَلَ المُقِرُّ ، فهو على ما ذَكَرُوهُ . وإن ماتَ مَنْ عليه الحَقُّ ، أُخِذَ وَرَثَتُه بمِثْلِ ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ على مَوْرُوثِهِم ، فيَتَعَلَّقُ بتَرِكَتِه وقد صارَتْ إلى الوَرَثَةِ ، فيَلْزَمُهُم ما لَزِمَ مَوْرُوثَهم ، كما لو كان الحَقُّ مُعَيَّنًا . وإن لم يَخْلُفِ المَيِّتُ تَرِكَةً ، فلا شيءَ على الوَرَثَةِ . ومتى فَسَّرَ إقْرَارَهُ بما يُتَمَوَّلُ فى العَادَةِ ، قُبِلَ تَفْسِيرُه وثَبَتَ، إلَّا أن يُكَذِّبَهُ المُقَرُّ له ، ويَدَّعِيَ جِنْسًا آخَرَ ، أو لا يَدَّعِي شيئا ، فيَبْطُلُ إقْرَارُه . وإن فَسَّرَهُ بما لا يُتَمَوَّلُ عادَةً ، كقِشْرَةِ جَوْزَةٍ ، أو قِشْرَةِ بَاذِنْجَانَة ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه ؛ / لأن إقْرَارَهُ اعْتِرَافٌ بحَقٍّ عليه ثَابِتٍ فى ذِمَّتِه ، وهذا لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . وكذلك إن فَسَّرَهُ بما ليس بمالٍ فى الشَّرْعِ ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ والمَيْتَةِ ، لم يُقْبَلْ . وإن فَسَّرَهُ بكَلْبٍ لا يجوزُ اقْتِنَاؤُه ، فكذلك . وإن فَسَّرَهُ بكَلْبٍ يجوزُ اقْتِنَاؤُه ، أو جِلْدِ مَيْتَةٍ غيرِ مَدْبُوغٍ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّه شيءٌ يَجِبُ رَدُّه عليه[19] ، وتَسْلِيمُه إليه ، فالإيجَابُ يَتَنَاوَلُه . والثانى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ إخْبَارٌ عمَّا يَجِبُ ضَمَانُه ، وهذا لا يَجِبُ ضَمَانُه . وإن فَسَّرَهُ بحَبَّةِ حِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ ونحوِها ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ هذا لا يُتَمَوَّلُ عادَةً على انْفِرَادِه . وإن فَسَّرَه بحَدِّ قَذْفٍ ، قُبِلَ ؛ لأنَّه حَقٌّ يَجِبُ عليه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّه لا يَؤُولُ إلى مالٍ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ ما ثَبَتَ فى الذِّمَّةِ صَحَّ أن يُقَالَ : هو عَلَيَّ . وإن فَسَّرَهُ بحَقِّ شُفْعَةٍ ، قُبِلَ ؛ لأنَّه حَقٌّ واجِبٌ ، ويَؤُولُ إلى المالِ . وإن فَسَّرَهُ بِرَدِّ السَّلَامِ ، أو تَشْمِيتِ العَاطِسِ ونحوِه ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه يَسْقُطُ بفَوَاتِه ، فلا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . وهذا الإقْرَارُ يَدُلُّ على ثُبُوتِ الحَقِّ فى الذِّمَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ تَفْسِيرُه به ، إذا أَرَادَ أن حَقًّا عليَّ رَدُّ سَلَامِه إذا سَلَّمَ ، وتَشْمِيتُه إذا

١٩٤/٤ و

---

(١٨) فى ا : « أحلفنا » .

(١٩) فى ب زيادة : « ويجب » .

عَطَسَ ؛ لما رُوِىَ فى الخَبَرِ : « لِلْمُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ ثَلَاثُونَ حَقًّا : يَرُدُّ سَلَامَهُ ، وَيُشَمِّتُ عَطْسَتَهُ ، وَيُجِيبُ دَعْوَتَهُ » . وذَكَرَ الحَدِيثَ[20] . وإن قال : غَصَبْتُه شيئا . وفَسَّرَهُ بما ليس بمالٍ ، قُبِلَ ؛ لأنَّ اسْمَ الغَصْبِ يَقَعُ عليه . وإن قال : غَصَبْتُه نَفْسَه . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ الغَصْبَ لا يَثْبُتُ عليه . وهذا الفَصْلُ أكْثَرُه مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وحُكِىَ عن أبِى حنيفةَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُ إقْرَارِه بغير المَكِيلِ والمَوْزُونِ ؛ لأنَّ غَيْرَهما لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ بِنَفْسِه . ولَنا ، أنَّه مَمْلُوكٌ يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ ، فجَازَ أن يُفَسَّرَ به الشَّىءُ فى الإقْرَارِ ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ولأنَّه يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ فى الجُمْلَةِ ، فصَحَّ التَّفْسِيرُ كالمَكِيلِ ، ولا عِبْرَةَ بِسَبَبِ ثُبُوتِه فى الإقْرَارِ به ، والإخْبَارِ عنه .

فصل : وإن أقَرَّ بمالٍ ، قُبِلَ تَفْسِيرُه بِقَلِيلِ المالِ وكَثِيرِه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُه بغيرِ المالِ الزَّكَوِىِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ ﴾[21] . وقولِه : ﴿ وَفِى أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾[22] . وحَكَى بعضُ أصْحَابِ مالِكٍ عنه ثلاثةَ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، كقَوْلِنَا . والثانى ؛ لا يقْبَلُ إلَّا أوَّلَ نِصَابٍ من نُصُبِ الزَّكَاةِ ، من نَوْعِ أمْوالِهم . والثالث ، ما يُقْطَعُ به السّارِقُ ، ويَصِحُّ مهْرًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُمْ ﴾[23] . ولَنا ، أنَّ غيرَ ما ذَكَرُوه يَقَعُ عليه اسْمُ المالِ حَقِيقَةً وعُرْفًا ، ويُتَمَوَّلُ عادَةً ، فيُقْبَلُ تَفْسِيرُه به ، كالذى وَافَقُوا عليه . وأما آيةُ[24] الزَّكَاةِ فهى عَامَّةٌ دَخَلَها التَّخْصِيصُ ، وقولُه تعالى : ﴿ وَفِى أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ . لم يُرِدْ به الزَّكَاةَ ، بِدَلِيلِ أنَّها نَزَلَتْ بِمَكَّةَ قبلَ فَرْضِ الزَّكَاةِ ، فلا حُجَّةَ لهم فيها ، ثم يَرُدُّ قَوْلَهُم قَوْلُه تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ . والتَّزْوِيجُ جائِزٌ بأىِّ نَوْعٍ كان من المالِ ، وبما دُونَ النِّصَابِ . وإن قال : له عَلَىَّ مالٌ عَظِيمٌ ، أو كَثِيرٌ ، أو جَلِيلٌ ، أو خَطِيرٌ . جَازَ تَفْسِيرُه

---

(٢٠) لم نجده بهذا اللفظ ، وذكره السيوطى بألفاظ أخرى بروايات عدة ، فى : الجامع الكبير ١ / ٦٥٤ .

(٢١) سورة التوبة ١٠٣ .

(٢٢) سورة الذاريات ١٩ .

(٢٣) سورة النساء ٢٤ .

(٢٤) فى م : « آيات » .

بالقَلِيلِ والكَثِيرِ ، كما لو قال : مالٌ . لم يَزِدْ عليه . وهذا قولُ الشّافِعِيّ . وحُكِيَ عن أبى حنيفةَ : لا يُقْبَلُ تَفْسِيرُه بأَقَلَّ من عَشرَةِ دَرَاهِمَ ؛ لأنَّه يُقْطَعُ به السّارِقُ ، ويكونُ صَدَاقًا عندَه . وعنه : لا يُقْبَلُ بأقَلّ من مائتَىْ دِرْهَمٍ. وبه قال صَاحِبَاهُ؛ لأنَّه الذى تَجِبُ فيه الزَّكَاةُ. وقال بعضُ أصْحَابِ مالِكٍ / كقَوْلِهم فى المالِ. ومنهم من قال: يَزِيدُ على ذلك أقَلَّ زِيَادَةٍ. ومنهم مَن قال : قَدْر الدِّيةِ. وقال اللَّيْثُ بن سَعْدٍ: اثْنَانِ وسَبْعُونَ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِى مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾[٢٥] . وكانتْ غَزَوَاتُه وسَرَايَاه اثْنَتَيْنِ وسَبْعِينَ . قالوا : ولأن الحَبَّةَ لا تُسَمَّى مالًا عَظِيمًا ولا كَثِيرًا . ولَنا ، أنَّ ما فُسِّرَ به المالُ فُسِّرَ به العَظِيمُ ، كالذى سَلَّمُوه ، ولأنَّ العَظِيمَ والكَثِيرَ لا حَدَّ له فى الشَّرْعِ ، ولا فى اللُّغَةِ ، ولا فى العُرْفِ ، ويَخْتَلِفُ الناسُ فيه ؛ فمنهم من يَسْتَعْظِمُ القَلِيلَ ، ومنهم من يَسْتَعْظِمُ الكَثِيرَ ، ومنهم من يَحْتَقِرُ الكَثِيرَ ، فلم يَثْبُتْ فى ذلك حَدٌّ يُرْجَعُ إلى تَفْسِيرِه به ، ولأنَّه ما مِن مالٍ إلَّا وهو عَظِيمٌ كَثِيرٌ بالنِّسْبَةِ إلى ما دُونَه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ عَظِيمًا عندَه ؛ لِفَقْرِ نَفْسِه ودَنَاءَتِها ، وما ذَكَرُوه فليس فيه تَحْدِيدٌ لِلْكَثِيرِ ، وكونُ ما ذَكَرُوهُ كَثِيرًا لا يَمْنَعُ الكَثْرَةَ فيما دُونَه ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ ٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا ﴾[٢٦] . فلم يَنْصَرِفْ إلى ذلك ، وقال : ﴿ كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً ﴾[٢٧] . فلم يُحْمَلْ على ذلك . والحُكْمُ فيما إذا قال : عَظِيمٌ جِدًّا ، أو عَظِيمٌ عَظِيمٌ . كما لو لم يَقُلْهُ ؛ لما قَرَّرْنَاهُ .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ أكْثَرُ من مالِ فُلَانٍ . فَفَسَّرَهُ بأكْثَرَ منه عَدَدًا أو قَدْرًا ، لَزِمَهُ أكْثَرُ منه ، وتُفَسَّرُ الزِّيَادَةُ بأىِّ شىءٍ أرَادَ ، ولو حَبَّةٍ أو أقَلَّ . وإن قال : ما عَلِمْتُ لِفُلَانٍ أكْثَرَ من كذا وكذا[٢٨] . وقامَتِ البَيِّنَةُ بأكْثَرَ منه ، لم يَلْزَمْهُ أكْثَرُ ممَّا اعْتَرَفَ به ؛ لأنَّ مَبْلَغَ المالِ حَقِيقَةً لا يُعْرَفُ فى الأكْثَرِ ، وقد يكون ظَاهِرًا وبَاطِنًا ، فيَمْلِكُ مالا يَعْرِفُه

١٩٤/٤ظ

---

(٢٥) سورة التوبة ٢٥ .

(٢٦) سورة الأحزاب ٤١ .

(٢٧) سورة البقرة ٢٤٩ .

(٢٨) فى م : « أو كذا » .

المُقِرُّ ، فكان المَرْجِعُ إلى ما اعْتَقَدَه المُقِرُّ مع يَمِينِه ، إذا ادَّعَى عليه أكْثَرَ منه . وإن فَسَّرَهُ بأَقَلَّ من مالِه ، مع عِلْمِه بمالِه ، لم يقْبَلْ . وقال أصْحابُنَا : يُقْبَلُ تفْسِيرُه بالقَلِيلِ والكَثِيرِ . وهو مذهبُ الشّافِعِيِّ ، سواءٌ عَلِمَ مالَ فُلَانٍ أو جَهِلَه ، أو ذَكَرَ قَدْرَهُ أو لم يَذْكُرْه ، أو قالَه عَقِيبَ الشّهَادَةِ بِقَدْرِه أولا[٢٩] ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه أكْثَرُ منه بَقَاءً أو مَنْفَعَةً أو بَرَكَةً ، لِكَوْنِه من الحَلَالِ ، أو لأنَّه فى الذِّمَّةِ . قال القاضى : ولو قال : لِى عَلَيْكَ أَلْفُ دِينَارٍ . فقال : لَكَ عَلَىَّ أَكْثَرُ من ذلك . لم يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ منها ؛ لأنَّ لَفْظَةَ أكْثَر مُبْهَمَةٌ ، لِاحْتِمَالِها ما ذَكَرْنا ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ أَكْثَرَ منه فُلُوسًا ، أو حَبَّ حِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ أو دُخْنٍ ، فرجَع فى تَفْسِيرِها إليه . وهذا بَعِيدٌ ؛ فإنَّ لَفْظَةَ أكْثَرَ إنَّما تُسْتَعْمَلُ حَقِيقَةً فى العَدَدِ ، أو فى القَدْرِ ، وتَنْصَرِفُ إلى جِنْسِ ما أُضِيفَ أَكْثَر إليه ، لا يُفْهَمُ فى الإِطْلَاقِ غيرُ ذلك ، قال اللهُ تعالى : ﴿ كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِنْهُمْ ﴾[٣٠] . وأَخْبَرَ عن الذى قال : ﴿ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا ﴾[٣١] . ﴿ وَقَالُواْ نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالًا وَأَوْلَـٰدًا ﴾[٣٢] . والإِقْرارُ يُؤْخَذُ فيه بالظَّاهِرِ دون مُطْلَقِ الاحْتِمالِ ، ولهذا لو أقَرَّ بِدَرَاهِمَ ، لَزِمَهُ أقَلُّ الجَمْعِ جِيادًا صِحَاحًا وَازِنَةً حَالَّةً . ولو قال : له عَلَىَّ دَرَاهِمُ . لم يقْبَلْ تَفْسِيرُها بالوَدِيعَةِ . ولو رَجَعَ إلى مُطْلَقِ الاحْتِمالِ لسَقَطَ الإِقْرارُ . واحْتِمَالُ ما ذَكَرُوه أَبْعَدُ من هذه الاحْتِمَالَاتِ التى لم يَقْبَلُوا تَفْسِيرَه بها ، فلا يُعَوَّلُ على هذا .

فصل : ولو قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ ، إلَّا شيئا . قُبِلَ تَفْسِيرُه بأَكْثَرَ من خمسِمائة ؛ لأنَّ الشىءَ يَحْتَمِلُ القَلِيلَ والكَثِيرَ ، لكنْ لا يجوزُ اسْتِثْنَاءُ الأَكْثَرِ . فتَعَيَّنَ حَمْلُه على ما دون النِّصْفِ . وكذلك إن قال : إلَّا قَلِيلًا ؛ لأنَّه / مُبْهَمٌ ، فأشْبَه قولَه : إلَّا شيئا . وإن قال : له عَلَىَّ مُعْظَمُ أَلْفٍ ، أو جُلُّ أَلْفٍ ، أو قَرِيبٌ من أَلْفٍ . لَزِمَهُ أَكْثَرُ من نِصْفِ الأَلْفِ ، ويَحْلِفُ على الزِّيَادةِ إن ادُّعِيَتْ عليه .

١٩٥/٤و

---

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) سورة غافر ٨٢ .

(٣١) سورة الكهف ٣٤ .

(٣٢) سورة سبأ ٣٥ .

فصل : وإن قال : له عَلَىَّ كذا . ففِيه ثلاثُ مَسائِلَ ؛ أحَدُها ، أن يقولَ : كذا . بغير تَكْرِيرٍ ولا عَطْفٍ . الثانية ، أن يُكَرِّرَ بغيرِ عَطْفٍ . الثالثة ، أن يَعْطِفَ ، فيقول : كذا وكذا . فأمَّا الأُولَى ، فإذا قال : له علىَّ[٣٣] كذا دِرْهَم . لم يَخْلُ من أَرْبَعَةِ أحْوالٍ ؛ أحدُها ، أن يقولَ : له علىَّ كذا دِرْهَمٌ . بالرَّفْع ، فيَلْزَمُه دِرْهَمٌ . وتَقْدِيرُه شيءٌ هو دِرْهَمٌ ، فجَعَلَ الدِّرْهَمَ بَدَلًا من كذا . الثانى ، أن يقولَ : دِرْهَمٍ . بالجَرِّ ، فيَلْزَمُه جُزْءُ دِرْهَمٍ ، يُرْجَعُ فى تَفْسِيرِه إليه ، والتَّقْدِيرُ جُزْءُ دِرْهَمٍ ، أو بعضُ دِرْهَمٍ . ويكون كذا كِنَايَةً عنه . الثالث ، أن يقولَ : دِرْهَمًا . بالنَّصْبِ ، فيَلْزَمُه دِرْهَمٌ ، ويكونُ مَنْصُوبًا على التَّفْسِيرِ ، وهو التَّمْيِيزُ . وقال بعضُ النَّحْوِيِّينَ : هو مَنْصُوبٌ على القَطْعِ ، كأنَّه قَطَعَ ما ابْتَدَأ به ، وأقَرَّ بِدِرْهَمٍ . وهذا على قولِ نُحَاةِ الكُوفَة . الرابع ، أن يَذْكُرَه بالوَقْفِ ، فيُقْبَلُ تَفْسِيره بِجُزْءِ دِرْهَمٍ أيضا ؛ لأنَّه[٣٤] يجوزُ أن يكونَ أسْقَطَ حَرَكَةَ الجَرِّ لِلْوَقْفِ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . وقال القاضى : يَلْزَمُه دِرْهَمٌ فى الحالاتِ كلِّها . وهو قولُ بعض أصْحَابِ الشّافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّ « كذا » اسْمٌ مُبْهَمٌ ، فصَحَّ [٣٥]تَفْسِيرُه بِجُزْءِ دِرْهَمٍ فى حال الجَرِّ والوَقْفِ .

المسألة الثانية ، إذا قال : كذا كذا . بغير عَطْفٍ ، فالحُكْمُ فيها[٣٥] كالحُكْمِ فى « كذا » بغير تَكْرَارٍ سواءً ، لا يَتَغَيَّرُ الحُكْمُ . ولا يَقْتَضِى تَكْرِيرُه الزِّيادَةَ ، كأنَّه قال : شَىْءٌ شىءٌ[٣٦] . ولأنَّه إذا قالَه بالجَرِّ ، احْتَمَلَ أن يكونَ قد أضافَ جُزْءًا إلى جُزْءٍ ، ثم أضَافَ الجُزْءَ الآخَرَ إلى الدِّرْهَمِ ، فقال : نِصفُ تُسْعِ دِرْهَمٍ . وهكذا لو قال : كذا كذا . لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ ثُلُثَ خُمْسِ سُبْعِ دِرْهَمٍ ، ونحوَه .

المسألة الثالثة ، إذا عَطَفَ ، فقال : كذا وكذا دِرْهَمٌ . بالرَّفْع ، لَزِمَهُ دِرْهَمٌ واحِدٌ ؛

---

(٣٣) سقط من : الأصل ، م .

(٣٤) فى الأصل ، م زيادة : « لا » .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) سقط من : ا ، ب ، م .

لأنَّه ذكَرَ شيْئَيْنِ ، ثم أبْدَلَ منهما دِرْهَمًا ، فصارَ كأنَّه قال : هما دِرْهَمٌ . وإن قال : دِرْهَمًا . بالنَّصْبِ ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يَلْزَمُه دِرْهَمٌ واحِدٌ . وهو قولُ أبي عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ ، والقاضي ؛ لأنَّ « كذا » يَحْتَمِلُ أقلَّ من دِرْهَمٍ ، فإذا عَطَفَ عليه مثلَه ، ثم فَسَّرَهُما بِدِرْهَمٍ واحِدٍ ، جازَ ، وكان كَلامًا صَحِيحًا . وهذا يُحْكَى قَوْلًا لِلشّافِعِيِّ . والوَجْهُ الثاني ، يَلْزَمُه دِرْهَمانِ . وهو اخْتِيارُ أبي الحَسَنِ التَّمِيمِيِّ ؛ لأنَّه ذكَرَ جُمْلَتَيْنِ ، فإذا فَسَّرَ ذلك بِدِرْهَمٍ عادَ التَّفْسِيرُ إلى كلِّ واحِدَةٍ منهما ، كقَوْلِه : عِشْرُونَ دِرْهَمًا . يَعُودُ التَّفْسِيرُ إلى العِشْرِينَ ، وكذا هٰهُنا . وهذا يُحْكَى قَوْلًا ثانِيًا للشّافِعِيِّ . والوَجْهُ الثالث ، يَلْزَمُه أكْثَرُ من دِرْهَمٍ . ولَعَلَّهُ ذَهَبَ إلى أنَّ الدِّرْهَمَ تَفْسِيرٌ لِلْجُمْلَةِ التي تَلِيه ، فيَلْزَمُه بها دِرْهَمٌ ، والأُولَى باقِيَةٌ على إبْهامِها ، فيُرْجَعُ[37] في تَفْسِيرِها إليه . وهذا يُشْبِهُ مَذْهَبَ التَّمِيمِيِّ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : إذا قال : كذا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ عِشْرُونَ دِرْهَمًا ؛ لأنَّه أقَلُّ عَدَدٍ يُفَسَّرُ بالوَاحِدِ المَنْصُوبِ . وإن قال : كذا كذا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ لأنَّه أقَلُّ عَدَدٍ [38] مُرَكَّبٍ يُفَسَّرُ بالوَاحِدِ المَنْصُوبِ . وإن قال : كذا وكذا دِرْهَمًا . لَزِمَهُ أحَدٌ وعِشْرُونَ درهمًا[39] ؛ لأنَّه أقَلُّ عَدَدٍ[38] عُطِفَ[40] بعضُه على بعضٍ يُفَسَّرُ بذلك ، وإن قال : كذا دِرْهَمٍ . بالجَرِّ ، لَزِمَهُ مائةُ دِرْهَمٍ[41] ؛ لأنَّه أقَلُّ عَدَدٍ يُضافُ إلى الواحِدِ . وحُكِيَ عن أبي يوسفَ ، أنَّه إذا قال / : كذا كذا ، أو كذا وكذا . يَلْزَمُه بهما أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا . ولَنا ، أنَّه يَحْتَمِلُ ما قُلْنَا ، ويَحْتَمِلُ ما قَالُوه ، فوَجَبَ المَصِيرُ إلى ما قُلْنَا ؛ لأنَّه اليَقِينَ ، وما زادَ مَشْكُوكٌ فيه ، فلا يَجِبُ بالشَّكِّ ، كما لو قال : عَلَيَّ دَرَاهِمُ . لم يَلْزَمْهُ إلَّا أقَلُّ الجَمْعِ ، ولا يَلْزَمُ كَثْرَةُ الاسْتِعْمَالِ ، فإنَّ اللَّفْظَ إذا كان حَقِيقَةً في الأمْرَيْنِ ، جازَ التَّفْسِيرُ بكُلِّ واحِدٍ منهما . وعلى ما ذَكَرَهُ محمدٌ يكونُ

٤/١٩٥ ظ

---

(٣٧) في ب : « فرجع » .

(٣٨ – ٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٠) في ب : « يعطف » .

(٤١) سقط من : ا ، ب .

اللَّفظُ المُفْرَدُ مُوجبًا لأَكْثَرَ من المُكَرَّرِ ، فإنَّه يَجِبُ بالمُفْرَدِ عِشْرُونَ ، وبالمُكَرَّرِ[٤٢] أَحَدَ عشَرَ ، ولا نَعْرِفُ لَفظًا مُفرَدًا مُتَناوِلًا لِعَدَدٍ صَحِيحٍ يَلْزَمُ به أَكْثَرُ ممَّا يَلْزَمُ بمُكَرَّرِهِ .

فصل : ولو قال : غَصَبْتُكَ ، أو غَبَنْتُكَ . لم يَلْزَمْهُ شيءٌ ؛ لأنَّه قد يَغْصِبُه نَفْسَه ، ويَغْبِنُهُ فى غير المالِ . وإن قال : غَصَبْتُكَ شيئا . وفَسَّرَهُ بِغَصْبِ نَفْسِه ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه جَعَلَ له مَفْعُولَيْنِ ، فجعَلَه المَفْعُولَ الأَوَّلَ وشيئا المَفْعُولَ الثانىَ ، ويَجِبُ أن يكونَ الثانى غيرَ الأَوَّلِ . وإن فَسَّرَهُ بمالٍ ، قُبِلَ وإن قَلَّ ، وإن فَسَّرَهُ بِكَلْبٍ ، أو جِلْدِ مَيْتَةٍ ، أو سِرْجِينٍ[٤٣] يُنْتَفَعُ به ، قُبِلَ ؛ لأنَّه قد يَقْهَرُهُ فيأْخُذُه منه . وإن فَسَّرَهُ بما لا نَفْعَ فيه ، أو بما لا يُباحُ الانْتِفَاعُ به ، لم يُقْبَلْ ؛ لأَنَّ أَخْذَ ذلك ليس بِغَصْبٍ .

فصل : وتُقْبَلُ الشَّهادَةُ على الإِقْرارِ بالمَجْهُولِ ؛ لأَنَّ الإِقْرارَ به صَحِيحٌ ، وما كان صَحِيحًا فى نَفْسِه ، صَحَّتِ الشَّهادَةُ به ، كالمَعْلُومِ .

٨٥٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِى رَهْنٌ . فَقَالَ الْمالِكُ : وَدِيعَةٌ : كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمالِكِ) .

إنَّما قَدَّمَ قَوْلَ المالِكِ ؛ لأَنَّ العَيْنَ ثَبَتَتْ له بالإِقْرارِ ، وادَّعَى المُقِرُّ دَيْنًا لا يَعْتَرِفُ له به ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . ولأنَّه أَقَرَّ بمالٍ لغيرِه ، وادَّعَى أنَّ له به[١] تَعَلُّقًا[٢] ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو ادَّعاهُ بِكَلامٍ مُنْفَصِلٍ . وكذلك لو أَقَرَّ له بِدَارٍ ، وقال : اسْتَأْجَرْتُها . أو بِثَوْبٍ وادَّعَى أنَّه قَصَّرَهُ ، أو خاطَهُ بأَجْرٍ يَلْزَمُ المُقِرَّ له ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه مُدَّعٍ على غيرِه حَقًّا ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ . وكذلك لو قال : هذه الدَّارُ له ، ولِى سُكْناها سَنَةً .

فصل : وإن قال : لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ من ثَمَنِ مَبِيعٍ لم أَقْبِضْهُ . فقال المُدَّعَى عليه : بَلْ لى عَلَيْكَ أَلْفٌ ، ولا شيءَ لك عِنْدِى . فقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ،

---

(٤٢) فى الأصل ، ا ، م : « وبالمركب » .

(٤٣) السرجين : الزبل .

(١) فى ب : « عليه » .

(٢) فى م : « تعليقا » .

القولُ قولُ المُقَرِّ له ؛ لأنَّه اعْتَرَفَ له بالألْفِ ، وادَّعَى عليه مَبِيعًا ، فأشْبَه ما إذا قال : هذا رَهْنٌ . فقال المالِكُ : وَدِيعَةٌ . أو له عَلَىَّ ألْفٌ ولِى عنده مَبِيعٌ لم أقْبِضْهُ . والثانى ، القولُ قولُ المُقِرِّ . قال القاضى : هو قِياسُ المَذْهَبِ . وهو قولُ الشّافِعِىِّ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّه أقَرَّ بحَقٍّ فى مُقَابَلَةِ حَقٍّ له ، ولا يَنْفَكُّ أحَدُهما عن الآخَرِ ، فإذا لم يُسَلِّمْ له مالَه ، لم يُسَلِّمْ لِلْمُقَرِّ له ما عليه ، كما لو قال لِرَجُلٍ : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بألْفٍ . قال : بَلْ مَلَّكْتَنِيه بغير شىءٍ . وفارَقَ مالو قال له : عِنْدِى رَهْنٌ . فقال المالِكُ : بل وَدِيعَةٌ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ يَنْفَكُّ عن الرَّهْنِ . ولو قال السَّيِّدُ لِعَبْدِه : بِعْتُكَ نَفسَكَ بألْفٍ . فأنْكَرَ العَبْدُ . عُتِقَ ، ولا شىءَ لِلْمُقِرِّ ؛ لأنَّ العَتْقَ يَنْفَكُّ عن الثَّمَنِ . ولا فَرْقَ بين أن يقولَ : لم أقْبِضْهُ . مُنْفَصِلًا أو مُتَّصِلًا . فلو قال : له عَلَىَّ ألْفٌ من ثَمَنِ مَبِيعٍ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : لم أقْبِضْهُ . فيُقْبَلُ قَوْله ، كما لو كان مُتَّصِلًا ؛ لأنَّ إقْرَارَهُ تَعَلَّقَ بالمَبِيعِ ، والأصْلُ عَدَمُ القَبْضِ ، فقبِلَ قَوْلُه فيه . فأمَّا إن قال : عَلَىَّ ألْفٌ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه فَسَّرَ إقْرَارَه بما يُسْقِطُ وُجُوبَ تَسْلِيمِه بكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لم[3] يُقْبَلْ لو قال : له عَلَىَّ ألْفٌ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : مُؤَجَّلٌ .

٤/١٩٦و **فصل** : وإذا قال : بِعْتُكَ / جارِيَتِى هذه . قال : بَلْ زَوَّجْتَنِيها . فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ اخْتِلَافُهما قبلَ نَقْدِ الثمَنِ أو بعدَه ، وقبلَ الاسْتِيلَادِ أو بعدَه ، فإن كان بعدَ اعْتِرَافِ البائِعِ بِقَبْضِ الثمَنِ ، فهو مُقِرٌّ بها لِمُدَّعِى الزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى عليه شيئا ، والزَّوْجُ يُنْكِرُ أنَّها مِلْكُه ، ويَدَّعِى حِلَّها له[4] بالزَّوْجِيَّةِ ، فيَثْبُتُ الحِلُّ ؛ لِاتِّفاقِهِما عليه ، ولا تُرَدُّ إلى البائِعِ لِاتِّفاقِهِما على أنَّه لا يَسْتَحِقُّ أخْذَها . وإن كان قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وبعدَ الاسْتِيلَادِ ، فالبائِعُ يُقِرُّ أنَّها صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، ووَلَدُها حُرٌّ ، وأنَّه لا مَهْرَ له ، ويَدَّعِى الثَّمَنَ ، والمُشْتَرِى يُنْكِرُ ذلك كلَّه ، فيُحْكَمُ بحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ؛ لإقْرارِ من يُنْسَبُ إليه مِلْكُه بحُرِّيَّتِه ، ولا وَلَاءَ عليه ؛ لِاعْتِرَافِه بأنَّه حُرُّ الأَصْلِ ، ولا تُرَدُّ الأَمَةُ إلى البائِعِ ؛ لإقْرارِه

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) سقط من : ١ .

بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ ، ولا يجوزُ نَقْلُ المِلْكِ فيها ، ويَحْلِفُ المُشْتَرِى أنَّه ما اشْتَرَاها ، ويَسْقُطُ عنه ثَمَنُها إلَّا قَدْرَ المَهْرِ ؛ فإنَّه يَجِبُ لِاتِّفاقِهما على وُجُوبِه ، وإن اخْتَلَفَا فى سَبَبِه . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشّافِعِىِّ . وقال بعضُهم : يَتَحالَفَانِ ، ولا يَجِبُ مَهْرٌ ولا ثَمَنٌ . وهو قولُ القاضى ، إلَّا أنَّه لا يَجْعَلُ على البائِعِ يَمِينًا ؛ لأنَّه لا يَرَى اليَمِينَ فى إنْكَارِ النِّكَاحِ ، ونَفَقَةُ الوَلَدِ على أبيهِ ؛ لأنَّه حُرٌّ ، ونَفقةُ الأَمَةِ على زَوْجِها ؛ لأنَّه إمَّا زَوْجٌ وإما سَيِّدٌ ، وكِلاهما سَبَبٌ لِوُجُوبِ النَّفَقَةِ . وقال القاضى : نَفَقَتُها فى كَسْبِها ، فإن كان فيه فَضْلٌ فهى مَوْقُوفَةٌ ؛ لأنَّنا أَزَلْنا عنها مِلْكَ السَّيِّدِ ، وأَثْبَتْنَا لها حُكْمَ الاسْتِيلَادِ . فإن ماتَتْ وتَرَكَتْ مالًا ، فلِلْبَائِعِ قَدْرُ ثَمَنِها ؛ لأنَّه إمَّا أن يكونَ صَادِقًا فهو يَسْتَحِقُّ على المُشْتَرِى ثَمَنَها ، وتَرِكَتُها لِلْمُشْتَرِى ، والمُشْتَرِى مُقِرٌّ لِلْبَائِعِ بها ، فيَأْخُذُ منها قَدْرَ ما يَدَّعِيه . وإن كان كاذِبًا ، فهى مِلْكُه ، وتَرِكَتُها كلُّها له ، فيَأْخُذُ منها قَدْرَ ما يَدَّعِيهِ ، وبَقِيَّتُه مَوْقُوفَةٌ[5] . وإن ماتَتْ بعد الوَطْءِ ، فقد ماتَتْ حُرَّةً ، فمِيرَاثُها لِوَلَدِها ووَرَثَتِها ، فإن لم يكُنْ لها وارِثٌ ، فمِيرَاثُها مَوْقُوفٌ ؛ لأنَّ أحَدًا لا يَدَّعِيه ، وليس لِلسَّيِّدِ أن يَأْخُذَ منه قَدْرَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى الثَّمَنَ على الوَاطِئِ ، وليس مِيرَاثُها له ؛ لأنَّه قد ماتَ قبلَها . وإن كان اخْتِلافُهما قبلَ الاسْتِيلَادِ ، فعِنْدِى أنَّها تُقَرُّ فى يَدِ الزَّوْجِ ؛ لِاتِّفاقِهما على حِلِّهَا له ، واسْتِحْقَاقِه إمْسَاكَها ، وإنَّما اخْتَلَفَا فى السَّبَبِ . ولا تُرَدُّ إلى السَّيِّدِ ؛ لِاتِّفاقِهما على تَحْرِيمِها عليه . ولِلْبائِعِ أقَلُّ الأَمْرَيْنِ من الثَّمَنِ أو المَهْرِ ؛ لِاتِّفَاقِهما على اسْتِحْقَاقِه لذلك . والأَمْرُ فى الباطِنِ على ذلك ؛ فإنَّ السَّيِّدَ إن كان صَادِقًا ، فالأَمَةُ حَلَالٌ لِزَوْجِها بالبَيْعِ . وإن كان كَاذِبًا ، فهى حَلالٌ له بالزَّوْجِيَّةِ . والقَدْرُ الذى اتَّفَقَا عليه ، إن كان[6] السَّيِّدُ صَادِقًا ، فهو يَسْتَحِقُّه ثَمَنًا ، وإن كان كَاذِبًا ، فهو يَسْتَحِقُّه مَهْرًا . وقال القاضى : يَحْلِفُ الزَّوْجُ أنَّه ما اشْتَرَاهَا ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، ويَسْقُطُ عنه الثَّمَنُ ، ولا يَحْتاجُ السَّيِّدُ إلى اليَمِينِ على نَفْيِ الزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنَّه لا يُسْتَحْلَفُ فيه . وعند الشّافِعِىِّ : يَتَحالَفَانِ

(٥) فى ا : « موقوف » .

(٦) سقط من : الأصل .

معًا ، ويَسْقُطُ الثمنُ[٧] عن الزَّوْجِ ؛ لأنَّ عَقْدَ البَيْعِ ما ثَبتَ ، ولا يَجِبُ المَهْرُ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لا يَدَّعِيه ، وتُرَدُّ الجاريَةُ إلى سَيِّدِها ، وفى كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهَا وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، تَرْجِعُ إليه ، فيَمْلِكُها ظَاهِرًا وبَاطِنًا ، كما يَرْجِعُ البائعُ فى السِّلْعَةِ عندَ فَلَسِ المُشْتَرِى بالثمَنِ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ هٰهُنا قد تَعذَّرَ ، فيَحْتَاجُ السَّيِّدُ أن يقولَ : فَسَخْتُ البَيْعَ . وتَعُودُ إليه مِلْكًا . والثانى ، تَرْجِعُ إليه فى الظَّاهِرِ دُونَ البَاطِنِ ؛ لأنَّ / المُشْتَرِىَ امْتَنَعَ من أداءِ الثَّمَنِ مع إمْكَانِه . فعلَى هذا يَبِيعُها الحاكِمُ ويُوَفِّيه ثَمَنَها ، فإن كان وَفْقَ حَقِّهِ ، فحَسَنٌ . وإن كان دُونَه ، أخَذَهُ ، وإن زَادَ ، فالزِّيَادَةُ لا يَدَّعِيها أحَدٌ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يُقِرُّ بها للبائِعِ ، والبائِعُ لا يَدَّعِى أكْثَرَ من الثمَنِ الأَوَّلِ ، فهل تُقَرُّ فى يَدِ المُشْتَرِى ، أو تَرْجِعُ إلى بَيْتِ المالِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . فإن رَجَعَ البائِعُ ، وقال : صَدَقَ خَصْمِى ، ما بِعْتُه إيَّاهَا ، بل زَوَّجْتُه . لم يُقْبَلْ فى إسْقَاطِ حُرِّيَّةِ الوَلَدِ ، ولا فى اسْتِرْجَاعِها إن صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، وقُبِلَ فى إسْقَاطِ الثَّمَنِ ، واستِحْقَاقِ المَهْرِ ، وأَخْذِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ ، واسْتِحْقَاقِ مِيرَاثِها ومِيرَاثِ وَلَدِها . وإن رَجَعَ الزَّوْجُ ، ثَبَتَتِ الحُرِّيَّةُ ، ووَجَبَ عليه الثَّمَنُ .

١٩٦/٤ ظ

فصل : ولو أقَرَّ رَجُلٌ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثم اشْتَرَاهُ ، أو شَهِدَ رَجُلَانِ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ لِغَيْرِهما فرُدَّتْ شَهَادَتُهما ، ثم اشْتَرَاهُ أحَدُهما من سَيِّده ، عُتِقَ فى الحالِ ؛ لاعْتِرافِه بأنَّ الذى اشْتَراهُ حُرٌّ ، ويكون البَيْعُ صَحِيحًا بالنِّسْبَةِ إلى البائِعِ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ له[٨] بِرِقِّه ، وفى حَقِّ المُشْتَرِى اسْتِنْقَاذًا واستِخْلَاصًا ، فإذا صَارَ فى يَدِه[٩] ، حُكِمَ بِحُرِّيَّتِه ؛ لإقْرارِه السَّابِقِ ، ويَصِيرُ كما لو شَهِدَ رَجُلانِ على رَجُلٍ أنَّه طَلَّقَ امْرَأَتَه ثَلَاثًا ، فرَدَّ الحاكِمُ شَهادَتَهما ، فدَفَعَا إلى الزَّوْجِ عِوَضًا ليَخْلَعَها ، صَحَّ ، وكان فى حَقِّه خُلْعًا صَحِيحًا ، وفى حَقِّهِما اسْتِخْلَاصًا ، ويكون وَلَاؤُه مَوْقُوفًا ؛ لأنَّ أحَدًا لا يَدَّعِيه ، فإنَّ البائِعَ يقول : ما أعْتَقْتُه . والمُشْتَرِى يقول : ما أعْتَقْتُه . والمُشْتَرِى يقول : ما أعْتَقَهُ إلَّا البائعُ وأنا اسْتَخْلَصْتُه . فإن ماتَ وخَلَّفَ مالًا ، فرَجَعَ أحَدُهُما عن قَوْلِه ، فالمالُ له ؛ لأنَّ أحَدًا لا

---

(٧) فى الأصل : « اليمين » .

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى ا : « يديه » .

يَدَّعِيه سِوَاه ، لأنَّ الرَّاجِعَ إن كان البائِعَ ، فقال : صَدَقَ المُشْتَرِى ، كنتُ أعْتَقْتُه . فالوَلَاءُ له ، ويَلْزَمُه رَدُّ الثَّمَنِ إلى المُشْتَرِى ؛ لإقْرَارِه بِبُطْلَانِ البَيْعِ ، وإن كان الرَّاجِعُ المُشْتَرِىَ ، قُبِلَ فى المالِ ؛ لأنَّ أحَدًا لا يَدَّعِيه سِوَاهُ ، ولا يُقْبَلُ قَوْله فى نَفْيِ الحُرِّيةِ ؛ لأنَّها حَقٌّ لغيرِه . وإن رَجَعَا معا ، فيَحْتَمِلُ أن يُوقَفَ حتى يَصْطَلِحَا عليه ؛ لأنَّه لأحَدِهما ، ولا يَعْرِفُ عَيْنَه . ويَحْتَمِلُ أنَّ مَنْ هو فى يَدِه يَحْلِفُ ويَأْخُذُه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وإن لم يَرْجِعْ واحِدٌ منهما ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يُقَرُّ فى يَدِ مَن هو فى يَدِه ، فإن لم يكُنْ فى يَدِ أحَدِهما ، فهو لِبَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ أحَدًا لا يَدَّعِيه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لِبَيْتِ المالِ على كلِّ حالٍ ؛ لذلك .

فصل : ولو أقَرَّ لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ أو غيرِه ، ثم جاءَ به ، وقال : هذا الذى أقْرَرْتُ [10] لك به . قال : بل هو غيرُه . لم يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُه إلى المُقَرِّ له ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، ويَحْلِفُ المُقِرُّ أنَّه ليس له عندَه عَبْدٌ سِوَاهُ . فإن رَجَعَ المُقَرُّ له ، فادَّعاهُ ، لَزِمَهُ دَفْعُه إليه ؛ لأنَّه لا مُنَازِعَ له فيه . وإن قال المُقَرُّ له : صَدَقْتَ [10] ، هذا لِى والذى أقْرَرْتَ به آخَرُ لى عِنْدَكَ . لَزِمَهُ تَسْلِيمُ هذا، ويَحْلِفُ على نَفْيِ الآخرِ .

٨٥٦ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ مَاتَ ، فخلَّفَ وَلَدَيْن ، فأقَرَّ أحَدُهُما بِأَخٍ أوْ أُخْتٍ ، لَزِمَهُ أنْ يُعْطِىَ الْفَضْلَ الَّذِى فِى يَدِهِ لِمَنْ أقَرَّ له بِهِ**[1])

وجملةُ ذلك أنَّ أحَدَ الوَارِثَيْنِ إذا أقَرَّ بِوَارِثٍ ثَالِثٍ ، مُشَارِكٍ لهما فى المِيرَاثِ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بالإجْمَاعِ ؛ لأنَّ النَّسَبَ لا يَتَبَعَّضُ ، فلا يُمْكِنُ إثْبَاتُه فى حَقِّ المُقِرِّ دُونَ المُنْكِرِ ، ولا يُمْكِنُ إثْبَاتُه فى حَقِّهِما ؛ لأنَّ أحَدَهُما مُنْكِرٌ ، ولم تُوجَدْ شَهَادَةٌ يَثْبُتُ بها النَّسَبُ ، ولكنَّه يُشَارِكُ المُقِرَّ فى المِيرَاثِ ، فى قولِ أكْثرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يُشَارِكُه . وحُكِيَ ذلك عن ابنِ سِيرِينَ . وقال إبراهيمُ : ليس بشيءٍ حتى يُقِرُّوا جَمِيعًا ؛

(١٠ - ١٠) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب .

لأنَّه لم يَثْبُتْ نَسبُه / ، فلا يَرِثُ ، كما لو أقَرَّ بنَسَبٍ مَعْرُوفِ النَّسَبِ . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بِسَبَبِ ١٩٧/٤و
مَالٍ لم يُحْكَمْ بِبُطْلَانِه ، فلَزِمَه المالُ ، كما لو أقَرَّ بِبَيْعٍ أو أقَرَّ بِدَيْنٍ ، فأنْكَرَ[2] الآخَرُ .
وفارَقَ ما إذا أقَرَّ بنَسَبٍ مَعْرُوفِ النَّسَبِ ؛ فإنَّه مَحْكُومٌ بِبُطْلَانِه . ولأنَّه يُقِرُّ له بمالٍ يَدَّعِيه
المُقَرُّ له ، ويجوزُ أن يكونَ له ، فوَجَبَ الحُكْمُ له به ، كما لو أقَرَّ بِدَيْنٍ على أبِيه ، أو أقَرَّ له
وَصِيَّةً ، فأنْكَرَ سائِرُ الوَرَثَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الوَاجِبَ له فَضْلُ ما فى يَدِ المُقِرِّ عن
مِيرَاثِه . وبهذا قال ابنُ أبي لَيْلَى ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والحَسَنُ بن صَالِحٍ ، وشَرِيكٌ ،
ويحيى بن آدمَ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وقال أبو حنيفةَ : إذا كان اثْنَانِ ، فأقَرَّ
أحَدُهما بأَخٍ ، لَزِمَه دَفْعُ نِصْفِ ما فى يَدِه ، وإن أقَرَّ بأُخْتٍ ، لَزِمَهُ ثُلُثُ ما فى يَدِه ؛ لأنَّ[3]
المُنْكِرَ[4] أخَذَ ما لا يَسْتَحِقُّه من التَّرِكَةِ ، فصَارَ كالغاصِبِ ، فيكونُ الباقِى بينهما ، كما لو
غَصَبَ بعضَ التَّرِكَةِ أجْنَبِىٌّ . ولأنَّ المِيرَاثَ يَتَعَلَّقُ ببعضِ التَّرِكَةِ ، كما يَتَعَلَّقُ بجَمِيعِها ،
فإذا هَلَكَ بعضُها ، أو غُصِبَ ، تَعَلَّقَ الحَقُّ بِبَاقِيها ، والذى فى يَدِ المُنْكِرِ
كالمَغْصُوبِ ، فيَقْتَسِمَانِ الباقِىَ بالسَّوِيَّةِ ، كما لو غَصَبَهُ أجْنَبِىٌّ . ولَنا ، أنَّ التَّرِكَةَ بينهم
أثْلاثًا ، فلا يَسْتَحِقُّ ممَّا فى يَدِه إلَّا الثُّلُثَ ، كما لو ثَبَتَ نَسَبُه بِبَيِّنَةٍ . ولأنَّه إقْرَارٌ بحَقٍّ يَتَعَلَّقُ
بِحِصَّتِه وحِصَّةِ أخِيه ، فلا يَلْزَمُه أكْثَرُ ممَّا يَخُصُّه ، كالإِقْرَارِ بالوَصِيَّةِ[5] ، وكإِقْرَارِ
أحَدِ الشَّرِيكَيْنِ على مالِ الشَّرِكَةِ بِدَيْنٍ . ولأنَّه لو شَهِدَ معه بالنَّسَبِ أجْنَبِىٌّ ثَبَتَ ، ولو لَزِمَهُ
أكْثَرُ من حِصَّتِه لم تُقْبَلْ شَهَادَتُه ؛ لِكَوْنِه يَجُرُّ بها نَفْعًا ، لِكَوْنِه يُسْقِطُ عن نَفْسِه بعضَ
ما يَسْتَحِقُّه عليه ، ولأنَّه حَقٌّ لو ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ لم يَلْزَمْهُ إلَّا قَدْرُ حِصَّتِه ، فإذا ثَبَتَ بالإِقْرَارِ
لم يَلْزَمْهُ أكْثَرُ من ذلك ، كالوَصِيَّةِ . وفارَقَ ما إذا غَصَبَ بعضَ التَّرِكَةِ وهما اثْنَانِ ، لأنَّ
كلَّ واحِدٍ منهما يَسْتَحِقُّ النِّصْفَ من كلِّ جُزْءٍ من التَّرِكَةِ ، وهٰهُنا يَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ

---

(٢) فى ا : « فأنكره » .

(٣) فى م : « لأنه » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى ب : « والوصية » .

[6] من كل جُزْءٍ من التَّرِكَةِ[6] . ولأصْحابِ الشّافِعِيِّ فيما إذا كان المُقِرُّ صادِقًا فيما بَيْنَه وبين الله تَعالَى ، هل يَلْزَمُه أن يَدْفَعَ إلى المُقَرِّ له نَصِيبَهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَلْزَمُه . وهو الأَصَحُّ ، وهل يَلْزَمُه أن يَدْفَعَ إليه نِصْفَ ما فى يَدِه أو ثُلُثَه ؟ [7] فيه وَجْهان[7] .

فصل : وإن أقرَّ جَمِيعُ الوَرَثَةِ بنَسَبِ مَنْ يُشارِكُهم فى المِيراثِ ، ثَبَتَ نَسَبُه ، سواءٌ كان الوَرَثَةُ واحِدًا أو جَماعَةً ، ذَكَرًا أو أُنْثَى . وبهذا قال الشّافِعِيُّ ، وأبو يوسفَ ، وحَكاهُ عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الوارِثَ يَقُومُ مَقامَ المَيِّتِ فى مِيراثِه ، ودُيُونِه ، والدُّيُونِ التى عليه ، وبَيِّناتِه ، ودَعاوِيه ، والأَيْمانِ التى له وعليه[8] ، وكذلك فى النَّسَبِ . وقد رَوَتْ عائِشَةُ ، أن سَعْدَ بن أبى وَقّاصٍ اخْتَصَمَ هو وعَبْدُ بن زَمْعَةَ فى ابنِ أَمَةِ زَمْعَة ، فقال سَعْدٌ : أَوْصَانِى أَخِى عُتْبَةُ إذا قَدِمْتُ مَكَّةَ أن أَنْظُرَ إلى ابنِ أَمَةِ زَمْعَةَ ، وأَقْبِضَه ، فإنَّه ابْنُه . فقال عَبْدُ بن زَمْعَةَ : هو[9] أخِى ، وابنُ وَلِيدَةِ أبِى ، وُلِدَ على فِراشِه . فقال رسولُ الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » . فقَضَى به لِعَبْد بن زَمْعَةَ . وقال : « احْتَجِبِى مِنْهُ يا سَوْدَةُ »[10] . والمَشْهُورُ عن أبى حنيفةَ أنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا بإقْرارِ / ١٩٧/٤ظ

(٦ - ٦) فى ا ، ب : « فافترقا » .

(٧ - ٧) فى م : « على وجهين » .

(٨) سقطت الواو من : م .

(٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحربى وهبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب دعوى الوصى للميت ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الموصى تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفى : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الولد للفراش ، وباب من ادعى أخا أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفى : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ / ٤ ، ٥ / ١٩٢ ، ٨ / ١٩١ ، ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩ / ٩٠ . ومسلم ، فى : باب الولد للفراش وتوقى الشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الولد للفراش ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائى ، فى : باب إلحاق الولد بالفراش ... ، وباب فراش الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٨ ، =

رَجُلَيْنِ ، أو رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ . وقال مالكٌ : لا يَثْبُتُ إلَّا بإقْرَارِ اثْنَيْنِ ؛ لأنَّه يَحْمِلُ النَّسَبَ على غيرِه ، فاعْتُبِرَ فيه العَدَدُ ، كالشَّهَادَةِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يَثْبُتُ بالإقْرَارِ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه العَدَدُ ، كالدَّيْنِ . ولأنَّه قَوْلٌ لا تُعْتَبَرُ فيه العَدَالَةُ ، فلم يُعْتَبَرِ العَدَدُ فيه ، كإقْرَارِ المَوْرُوثِ ، واعْتِبَارُه بالشَّهَادَةِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ فيه اللَّفْظُ ولا العَدَالَةُ ، ويَبْطُلُ بالإقْرَارِ بالدَّيْنِ(١١) .

فصل فى شُرُوطِ الإقْرَارِ بالنَّسَبِ : لا يَخْلُو إمَّا أن يُقِرَّ على نَفْسِه خاصَّةً ، أو عليه وعلى غيرِه ، فإن أقَرَّ على نَفْسِه ، مثل أن يُقِرَّ بوَلَدٍ ، اعْتُبِرَ فى ثُبُوتِ نَسَبِه أرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ المُقَرُّ به مَجْهُولَ النَّسَبِ ، فإن كان مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَقْطَعُ نَسَبَهُ الثَّابِتَ من غيرِه ، وقد لَعَنَ النبىُّ ﷺ مَن انْتَسَبَ إلى غيرِ أبِيه ، أو تَوَلَّى غيرَ مَوَالِيه(١٢) . الثانى ، أن لا يُنَازِعَه فيه مُنَازِعٌ ؛ لأنَّه إذا نَازَعَهُ فيه غيرُه تَعَارَضَا ، فلم يكُنْ إلْحَاقُه بأحَدِهِما أوْلَى من الآخَرِ . الثالث ، أن يُمْكِنَ صِدْقُه ، بأن يكونَ المُقَرُّ به

= ١٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمى ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح . وفى : باب فى ميراث ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

(١١) فى ب : « وبالدين » .

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب حرم المدينة ، من كتاب فضائل المدينة ، وفى : باب ذمة المسلمين وجوارهم ... ، من كتاب الجزية . صحيح البخارى ٣ / ٢٦ ، ٤ / ١٢٢ . ومسلم ، فى : باب تحريم تولى العتيق غير مواليه ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٧ . وأبو داود فى : باب فى الرجل ينتمى إلى غير مواليه ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٦٢٣ ، ٦٢٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا ، وفى : باب ما جاء فى من تولى غير مواليه ... ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٨٧ . وابن ماجه ، فى : باب من ادعى إلى غير أبيه ... ، من كتاب الحدود ، وفى : باب لا وصيلا لوارث ، من كتاب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢ / ٨٧٠ ، ٩٠٥ . والدارمى ، فى : باب فى الذى ينتمى إلى غير مواليه ، من كتاب السير ، وفى : باب من ادعى إلى غير أبيه ، من كتاب الفرائض ، سنن الدارمى ٢ / ٢٤٤ ، ٣٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٢٨ ، ٤ / ١٨٧ ، ٢٣٩ .

يَحْتَمِلُ أن يُولَدَ لمِثْلِه . الرابع ، أن يكونَ مِمَّنْ لا قَوْلَ له ، كالصَّغِيرِ والمَجْنُونِ ، أو يُصَدِّقَ المُقِرَّ إن كان ذا قَوْلٍ ، وهو المُكَلَّفُ ، فإن كان غيرَ مُكَلَّفٍ ، لم يُعْتَبَرْ تَصْدِيقُه . فإن كَبِرَ وعَقَلَ ، فأنْكَرَ ، لم يُسْمَعْ إنْكَارُه ؛ لأنَّ نَسَبَهُ ثابتٌ ، وجَرَى ذلك مَجْرَى مَن ادَّعَى مِلْكَ عَبْدٍ صَغِيرٍ فى يَدِه ، وثَبَتَ بذلك مِلْكُه ، فلما كَبِرَ جَحَدَ ذلك . ولو طَلَبَ إحْلَافَهُ على ذلك ، لم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ الأَبَ لو عَادَ فجَحَدَ النَّسَبَ ، لم يُقْبَلْ منه . وإن اعْتَرَفَ إنْسَانٌ بأنَّ هذا أَبُوهُ ، فهو كاعْتِرَافِه بأنَّه ابْنُه . فأمَّا إن كان إقْرَارًا عليه وعلى غيرِه ، كإقْرَارٍ بأَخٍ ، اعْتُبِرَ فيه الشُّرُوطُ الأَرْبَعَة ، وشَرْطٌ خامِسٌ ، وهو كَوْنُ المُقِرِّ جَمِيعَ الوَرَثَةِ ، فإن كان المُقِرُّ زَوْجًا أو زَوْجَةً لا وَارِثَ معهما ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بإقْرَارِهما ؛ لأنَّ المُقِرَّ لا يَرِثُ المالَ كلَّه ، وإن اعْتَرَفَ به الإمَامُ معه ، ثَبَتَ النَّسَبُ ؛ لأنَّه قائِمٌ مَقامَ المُسْلِمِينَ ، فى مُشَارَكَةِ الوارِثِ وأَخْذِ الباقِى . وإن كان الوَارِثُ بِنْتًا أو أُخْتًا أو أُمًّا أو ذا فَرْضٍ يَرِثُ جَمِيعَ المالِ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، ثَبَتَ النَّسَبُ بقَوْله ، كالابْنِ ؛ لأنَّه يَرِثُ المالَ كلَّه . وعندَ الشّافِعِيِّ : لا يَثْبُتُ بِقَوْلِه النَّسَبُ ؛ لأنَّه لا يَرَى الرَّدَّ ، ويَجْعَلُ الباقِىَ لِبَيْتِ المالِ . ولهم فيما إذا وافَقَه الإمامُ فى الإقْرَارِ وَجْهَانِ . وهذا من فُرُوعِ الرَّدِّ ، ويُذْكَرُ فى مَوْضِعِه . وإن كانت بِنْتٌ وأُخْتٌ ، أو أُخْتٌ وزَوْجٌ ، ثَبَتَ النَّسَبُ بقَوْلِهما ؛ لأنَّهما يَأْخُذَانِ المالَ كلَّه . وإذا أقَرَّ بِابْنِ ابْنِه ، وابْنُه مَيِّتٌ ، اعْتُبِرَ[13] فيه الشُّرُوطُ التى تُعْتَبَرُ فى الإقْرَارِ بالأَخِ ، وكذلك إن أقَرَّ بعَمٍّ وهو ابنُ جَدِّه ، فعلى ما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإن كان أَحَدُ الوَلَدَيْنِ غيرَ وارِثٍ ، لكَوْنِه رَقِيقًا ، أو مُخَالِفًا لِدِينِ مَوْرُوثِه ، أو قاتِلًا ، فلا عِبْرَةَ به ، وثَبَتَ النَّسَبُ بقَوْلِ الآخَرِ وَحْدَه ؛ لأنَّه يحوزُ جَمِيعَ المِيرَاثِ . ثم إن كان المُقَرُّ به يَرِثُ ، شَارَكَ المُقِرَّ فى المِيرَاثِ ، وإن كان غيرَ وارِثٍ ، لِوُجُودِ أحَدِ المَوَانِعِ فيه ، ثَبَتَ نَسَبُه ولم يَرِثْ ؛ وسواءٌ كان المُقِرُّ مُسْلِمًا أو كافِرًا .

---

(١٣) فى ا : « اعتبرت » .

فصل : وإن كان أحدُ / الوَارِثَيْنِ غيرَ مُكَلَّفٍ ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، فأقرَّ المُكَلَّفُ بأَخٍ ثالِثٍ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بإقْرَارِهِ ؛ لأنَّه لا يَحُوزُ المِيرَاثَ كلَّه . فإن بَلَغَ الصَّبِىُّ ، أو أفاقَ المَجْنُونُ ، فأقَرَّا به أيضا ، ثَبَتَ نَسَبُه ؛ لِاتِّفَاقِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ عليه . وإن أنْكَرَ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ . وإن مَاتَا قبلَ أن يَصِيرَا مُكَلَّفَيْنِ ، ثَبَتَ نَسَبُ المُقَرِّ به ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقْرَارُ من جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، فإنَّ المُقِرَّ به[14] صَارَ جَمِيعَ الوَرَثَةِ . ولو كان الوارِثَانِ بالِغَيْنِ عاقِلَيْنِ ، فأقَرَّ به أحدُهما وأنْكَرَ الآخَرُ ، ثم ماتَ المُنْكِرُ ووَرِثَهُ المُقِرُّ ، ثَبَتَ نَسَبُ المُقَرِّ به ؛ لأنَّ المُقِرَّ[15] صارَ جَمِيعَ الوَرَثَةِ ، فأشْبَه مالو أقَرَّ به ابْتِدَاءً بعدَ مَوْتِ أخِيهِ ، وكما لو كان شَرِيكُه فى المِيرَاثِ غيرَ مُكَلَّفٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَثْبُتُ النَّسَبُ ؛ لأنَّه أنْكَرَهُ بعضُ الوَرَثَةِ ، فلم يَثْبُتْ نَسَبُه ، كما لو لم يَمُتْ ، بِخِلَافِ ما إذا كان شَرِيكُه غيرَ مُكَلَّفٍ ، فإنَّه[16] لم يُنْكِرْهُ وارِثٌ . وهذا فيما إذا كان المُقِرُّ يَحُوزُ جَمِيعَ المِيرَاثِ بعدَ المَيِّتِ ، فإن كان لِلْمَيِّتِ وارِثٌ سِوَاه ، أو مَن يُشَارِكُه فى المِيرَاثِ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بقَوْلِ الباقِى منهما ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه ليس كلَّ الوَرَثَةِ ، ويَقُومُ وارِثُ المَيِّتِ الثانى مَقَامَه ، فإذا وافَقَ المُقِرَّ فى إقْرَارِهِ ثَبَتَ النَّسَبُ ، وإن خَالَفَه لم يَثْبُتْ كالمَوْرُوثِ . وإن خَلَّفَ وَلَدَيْنِ ، فأقَرَّ أحَدُهما بأَخٍ ، وأنْكَرَهُ الآخَرُ ، ثم ماتَ المُنْكِرُ ، وخَلَّفَ ابْنًا ، فأقَرَّ بالذى أنْكَرَه أبُوهُ ، ثَبَتَ نَسَبُه ؛ لإقْرَارِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ ؛ لإنْكَارِ المَيِّتِ له .

فصل : وإذا أقَرَّ الوارِثُ بمَن يَحْجُبُه ، كأَخٍ أقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ، وأخٍ من أَبٍ أقَرَّ بأَخٍ من أبَوَيْنِ ، وابنِ ابْنٍ أقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ، ثَبَتَ نَسَبُ المُقَرِّ به ، ووَرِثَ وسَقَطَ المُقِرُّ . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ حامِدٍ والقاضى ، وقولُ أبى العَبَّاسِ بن سُرَيْجٍ . وقال أكْثَرُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : يَثْبُتُ نَسَبُ المُقَرِّ به ، ولا يَرِثُ ؛ لأنَّ تَوْرِيثَهُ يُفْضِى[17] إلى إسْقَاطِ تَوْرِيثِه ،

---

(14) سقط من : الأصل .

(15) فى م زيادة : « به » .

(16) فى الأصل : « لأنه » .

(17) فى ب : « يؤدى » .

فسقط ، بيانه أنّه لو ورث لخرج المُقِرُّ به عن كونه وارثًا ، فيبطل إقراره ، ويسقط[18] نسب المقرّ به وتوريثه ، فيؤدّى توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه ، فأثبتنا النسب دون الميراث . ولنا ، أنّه ابنٌ ثابتُ النّسب ، لم يوجد فى حقّه أحد موانع الإرث ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[19] . أى[20] فيرث ، كما لو ثبت نسبه ببيّنة ، ولأنّ ثبوت النّسب سببٌ للميراث ، فلا يجوز قطع حكمه عنه ، ولا يُورَّث محجوبٌ به مع وجوده وسلامته من الموانع . وما احتجّوا به لا يصحّ ؛ لأنّنا إنّما نعتبر كونَ المقرّ وارثًا على تقدير عدم المقرّ به ، وخروجه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحّته ، بدليل أنّ الابن إذا أقرّ بأخ فإنّه يرث ، مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة . فإن قيل : إنّما يُقبل إقراره إذا صدّقه المُقَرُّ به ، فصار إقرارًا من جميع الورثة ، وإن كان المُقرُّ به طفلًا أو مجنونًا ، لم يُعتبر قوله ، [21]فقد أقرّ كلّ من يُعتبر قوله[21] . [22]قلنا : ومثله هٰهنا ، فإنّه إن كان المُقرّ به كبيرًا ، فلا بُدّ من تصديقه ، فقد أقرّ به كلّ من يُعتبر إقراره[22] ، وإن كان صغيرًا غير مُعتبر القول ، لم يثبت النّسب بقول الآخر ، كما لو كانا اثنين[23] أحدهما صغيرٌ فأقرّ البالغ بأخ آخر[24] ، لم يُقبل ، ولم يقولوا : إنّه لا تُعتبر موافقته ، كذا هٰهنا . ولأنّه لو كان فى يد إنسان عبدٌ محكومٌ له بملكه ، فأقرّ به لغيره ، ثبت للمُقرّ له ، وإن كان[25] المقرُّ يخرج بالإقرار عن كونه مالكًا ، كذا هٰهنا .

١٩٨/٤ظ **فصل** : / فإن خلّف ابنًا ، فأقرّ بأخ ، ثبت نسبه ، ثم إن أقرّ بثالث ، ثبت نسبه

---

(١٨) فى الأصل ، م : « ويثبت » .
(١٩) سورة النساء ١١ .
(٢٠) فى ا ، ب : « أو » .
(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .
(٢٢ – ٢٢) سقط من : ب .
(٢٣) فى ا ، ب ، م : « ابنين » .
(٢٤) سقط من : م .
(٢٥) سقط من : الأصل .

أيضا ؛ لأنَّه إقْرارٌ من جَمِيعِ الوَرَثَةِ . فإن قال الثالِثُ : الثانى[26] ليس بأخٍ لنا . فقال القاضى : يَسْقُطُ نَسَبُ الثانى ؛ لأنَّ الثالِثَ وارِثٌ مُنْكِرٌ لِنسَبِ الثانِى ، فأَشْبَهَ ما لو كان نَسَبُه ثابِتًا قبلَ الثانِى . وفيه وَجْهٌ آخر : لا يَسْقُطُ نَسَبُه ولا مِيرَاثُه ؛ لأنَّ نَسَبَهُ ثَبَتَ بقولِ الأوَّلِ ، [27]وثَبَتَ مِيراثُه ، فلا يَسْقُطُ بعدَ ثُبُوتِه[27] ، ولأنَّه أقَرَّ به[28] من هو كلُّ الوَرَثة حين الإقْرارِ ، [29]وثَبَتَ مِيراثُه فلا يَسْقُطُ بعد ثُبُوتِه[29] ، ولأنَّ الثانىَ لو أنْكَرَ الثالِثَ ، لم يَثْبُتْ نَسَبُه ، وإنَّما ثَبَتَ نَسَبُه بإقْرَارِه ، فلا يجوزُ له إسْقَاطُ نَسَبِ مَن يَثْبُتُ نَسَبُه بقَوْلِه ، كالأوَّلِ ، ولأنَّ ذلك يُؤدِّى إلى إسْقَاطِ الأَصْلِ بالفَرْعِ الذى يَثْبُتُ به .

فصل : وإن أقَرَّ الابْنُ بأَخَوَيْهِ دَفْعَةً واحِدَةً ، فصَدَّقَ كلُّ واحِدٍ منهما صَاحِبَه ، ثَبَتَ نَسَبُهما . وإن تَكَاذَبا ، ففيهما وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَثْبُتُ نَسَبُهما . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لم يُقِرَّ به كلُّ الوَرَثَةِ . والثانى ، يَثْبُتُ نَسَبُهما ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما وُجِدَ الإقْرارُ به مِن ثَابِتِ النَّسَبِ ، هو كلُّ الوَرَثَةِ حين الإقْرارِ ، فلم تُعْتَبَرْ مُوافَقَةُ غيرِه ، كما لو كانا صَغِيرَيْنِ . فإن كان أحَدُهما يُصدِّقُ صَاحِبَه[30] دُونَ الآخرِ ، ثَبَتَ نَسَبُ المُتَّفَقِ عليه منهما ، وفى الآخرِ وَجْهَانِ . وإن كانا تَوْأَمَيْنِ ، ثَبَتَ نَسَبُهما ، ولم يُلْتَفَتْ إلى إنْكَارِ المُنْكِرِ منهما ، سواءٌ تجاحَدَا معًا ، أو جَحَدَ أحَدُهُما صَاحِبَه ؛ لأنَّنا نَعْلَمُ كَذِبَهما ، فإنَّهما لا يَفْتَرِقَانِ . ولو أقَرَّ الوارِثُ بِنَسَبِ أحدِهما ، ثَبَتَ نَسَبُ الآخَرِ ؛ لأنَّهما لا يَفْتَرِقَانِ فى النَّسَبِ . وإن أقَرَّ بِنَسَبِ صَغِيرَيْنِ ، دَفْعَةً واحِدَةً ، ثَبَتَ نَسَبُهما ، على الوَجْه الذى يَثْبُتُ فيه نَسَبُ الكَبِيرَيْنِ المُتَجَاحِدَيْنِ . وهل يَثْبُتُ على

---

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧-٢٧) سقط من : ا ، ب .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩-٢٩) سقط من : الأصل . وفى ب : « موته » مكان « ثبوته » .

(٣٠) فى الأصل : « بصاحبه » .

الوَجْهِ الآخرِ ؟ يَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ ؛ لأنَّه أقَرَّ به كلُّ الوَرَثَةِ حين الإقْرارِ ، ولم يَجْحَدْهُ أحَدٌ ، فأَشْبَهَ ما لو انْفرَدَ . ويَحْتَمِلُ ألَّا يَثْبُتَ ؛ لأنَّ أحَدَهُما وارِثٌ ، ولم يُقِرّ بِصَاحِبِه ، فلم يَجْتَمِعْ كلُّ الوَرَثَةِ على الإقْرارِ به ، ويَدْفَعُ المُقِرُّ إلى كل واحِدٍ منهما ثُلُثَ المِيراثِ ، سواءٌ قُلْنا بِثُبُوتِ النَّسَبِ أو لم نَقُلْ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ له[31] به .

فصل : إذا خَلَّفَ امْرَأَةً وأخًا ، فأقَرَّتِ المَرْأَةُ بابْنٍ لِلْمَيِّتِ ، وأنْكَرَ الأَخُ ، لم يَثْبُتْ نَسَبُه ، ودَفَعَتْ إليه ثُمْنَ المِيراثِ ، وهو الفَضْلَةُ التى فى يَدِ الزَّوْجَةِ عن مِيرَاثِها . وإن أقَرَّ به الأَخُ وحدَه ، لم يَثْبُتْ نَسَبُه ، ودَفَعَ إليه جَمِيعَ ما فى يَدِه ، وهو ثَلاثَةُ أرْبَاعِ المالِ . فإن خَلَّفَ اثْنَيْنِ ، فأقَرَّ أحَدُهما بامْرَأةٍ لأَبِيهِ ، وأنْكَرَ الآخَرُ ، لم تَثْبُتِ الزَّوْجِيَّةُ ، ويَدْفَعُ إليها ثُمْنَ نِصْفِ المِيراثِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فى هذه المَسْأَلَةِ كَقَوْلِنا ؛ لأنَّ الزَّوْجِيَّةَ زَالَتْ بالمَوْتِ ، وإنما المُقَرُّ به حَقُّها من المِيرَاثِ . ولهم وَجْهٌ آخر : لا شىءَ لها ، وإن كان لِلْمَيِّتِ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فلا شىءَ لِلْمُقَرِّ لها ؛ لأنَّ الفَضْلَ الذى تَسْتَحِقُّه فى يَدِ غيرِ المُقِرِّ . وكذلك ما كان مثلَ هذا ، مثل أن يَخْلُفَ أخًا من أبٍ وأخًا من أُمٍّ ، فيُقِرَّ الأَخُ من الأُمِّ بأَخٍ لِلْمَيِّتِ ، فلا شىءَ لِلْمُقَرِّ به ، سواءٌ أقَرَّ بأَخٍ من أبَوَيْنِ ، أو من أَبٍ / ، أو من أُمٍّ ؛ لأنَّ مِيرَاثَه فى يَدِ غيرِ المُقِرِّ . وإن أقَرَّ بأَخَوَيْنِ من أُمٍّ ، دَفَعَ إليهما ثُلُثَ ما فى يَدِه ؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّهم شُرَكاءُ فى الثُّلُثِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما تُسْعٌ ، وفى يَدِه سُدْسٌ ، وهو تُسْعٌ ونِصْفُ تُسْعٍ ، فيَفْضُلُ فى يَدِه نِصْفُ تُسْعٍ ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه .

١٩٩/٤ و

فصل : وإذا شَهِدَ من الوَرَثَةِ رَجُلَانِ عَدْلَانِ بِنَسَبِ مُشَارِكٍ لهم فى المِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُه إذا لم يكونا مُتَّهَمَيْنِ . وكذلك إن شَهِدَا على إقْرَارِ المَيِّتِ به . وإن كانا مُتَّهَمَيْنِ ، كأَخَوَيْنِ من أُمٍّ يَشْهَدَانِ بأَخٍ من أبَوَيْنِ ، فى مَسْأَلَةٍ فيها زَوْجٌ وأُخْتَانِ من أبَوَيْنِ ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّ ثُبُوتَ نَسَبِه يُسْقِطُ العَوْلَ ، فيَتَوَفَّرُ عليهما الثُّلُثُ . وكذلك لو شَهِدا

---

(٣١) سقط من : م .

بأخٍ من أبٍ ، فى مَسْأَلَةٍ معهما أُمٌّ وأُختٌ من أبوَيْنِ وأختٌ من أبٍ ، لم تُقبَلْ شَهَادَتُهما ؛ لأَنَّ ثُبوتَ نَسَبِه يُسْقِطُ أُخْتَه ، فيذهبُ العَوْلُ من المَسْأَلَةِ . فإنْ لم يكُونَا وَارِثَيْنِ ، أو لم يكُنْ لِلْمَيِّتِ تَرِكَةٌ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهما ، وثَبَتَ النَّسَبُ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ .

فصل : وإن أقَرَّ رَجُلَانِ عَدْلَانِ بِنَسَبِ مُشَارِكٍ لهما فى المِيرَاثِ ، وثَمَّ وارِثٌ غَيْرُهما ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ ، إلَّا أن يَشْهَدَا به ، وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : يَثْبُتُ ؛ لأنَّهما بَيِّنَةٌ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ من بعضِ الوَرَثَةِ ، فلم يَثْبُتْ به النَّسَبُ ، كالواحِدِ . وفارَقَ الشَّهادَةَ ؛ لأنَّه تُعْتَبَرُ فيها العَدَالَةُ والذُّكُورِيَّةُ ، والإقْرَارُ بخِلَافِه .

فصل : إذا أقَرَّ بنَسَبِ مَيِّتٍ[٣٢] ، صَغِيرٍ أو مَجْنُونٍ ، ثَبَتَ نَسَبُه ، ووَرِثَهُ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ نَسَبُه دُونَ مِيرَاثِه ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فى قَصْدِ أَخْذِ مِيرَاثِه . وقال أبو حنيفة : لا يَثْبُتُ نَسَبُه ولا إرْثُه ؛ لذلك . ولَنا ، أنَّ عِلَّةَ ثُبوتِ نَسَبِه فى حَيَاتِه الإقْرَارُ به ، وهو مَوْجُودٌ بعدَ المَوْتِ ، فيَثْبُتُ به ، كحَالَةِ الحَيَاةِ . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بما[٣٣] إذا كان المُقَرُّ به حَيًّا مُوسِرًا ، أو المُقِرُّ فَقِيرًا ، فإنَّه يَثْبُتُ نَسَبُه ، ويَمْلِكُ المُقِرُّ التَّصَرُّفَ فى مالِه ، وإيقَافَه منه على نَفْسِه . وإن كان المُقَرُّ به كَبِيرًا عاقِلًا ، فكذلك فى قولِ القاضى ، وظَاهِرِ مَذْهَبِ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه لا قَوْلَ له ، أشْبَهَ الصَّغِيرَ . وفيه وَجْهٌ آخر ، أنَّه لا يَثْبُتُ نَسَبُه ؛ لأنَّ نَسَبَ المُكَلَّفِ لا يَثْبُتُ إلَّا بتَصْدِيقِه ، ولم يُوجَدْ . ويُجَابُ عن هذا بأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فإن ادَّعَى نَسَبَ المُكَلَّفِ فى حَيَاتِه ، فلم يُصَدِّقْهُ حتى مات المُقِرُّ ، ثم صَدَّقَه ، ثَبَتَ نَسَبُه ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقْرَارُ والتَّصْدِيقُ من المُقَرِّ به[٣٤] ، فأشْبَهَ ما لو صَدَّقَه فى حَيَاتِه . وقال أبو الخَطَّابِ : وإذا أقَرَّ رَجُلٌ بزَوْجِيَّةِ امْرَأةٍ ، أو أقَرَّتْ أن فُلَانًا زَوْجُها ، فلم يُصَدِّقْهُ المُقَرُّ به[٣٥] إلَّا بعد مَوْتِه ، وَرِثَه ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقْرَارُ والتَّصْدِيقُ معا .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) فى الأصل ، م : « ما » .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل : وإذا خَلَّفَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَابْنًا من غيرِها ، فأقَرَّ الابْنُ بأَخٍ له ، لم يَثْبُتْ نَسَبُه ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ به كلُّ الوَرَثَةِ . وهل يَتَوارَثَانِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يَتوارَثانِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُقِرُّ أنَّه لا وَارِثَ له سِوَى صَاحِبِه ، ولا مُنَازِعَ لهما . والثانى ، لا يَتوارَثانِ ؛ لأنَّ النَّسَبَ بينهما لم يَثْبُتْ ، فإنْ[36] كان لكلِّ واحِدٍ منهما وارِثٌ غيرَ صاحِبِه ، لم يَرِثْهُ ؛ لأنَّه مُنازَعٌ فى المِيرَاثِ ، ولم يَثْبُتْ نَسَبُه .

فصل : وإذا ثَبَتَ النَّسَبُ بالإِقْرَارِ ، ثم أَنْكَرَ المُقِرُّ ، لم يُقْبَلْ إنْكَارُه ؛ لأنَّه نَسَبٌ ثَبَتَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ ؛ فلم يَزُلْ بإنْكَارِه ، كالو / ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ أو بالفِرَاشِ ، وسواءٌ كان المُقَرُّ به غيرَ مُكَلَّفٍ ، أو مُكَلَّفًا ، فصدَّقَ المُقِرَّ . ويَحْتَمِلُ أن يَسْقُطَ نَسَبُ المُكَلَّفِ باتِّفَاقِهِمَا على الرُّجُوعِ عنه ؛ لأنَّه ثبَتَ باتِّفَاقِهِما ، فزَالَ بِرُجُوعِهِما ، كالمالِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه نَسَبٌ ثَبَتَ بالإِقْرَارِ ، فأَشْبَهَ نَسَبَ الصَّغِيرِ والمَجْنُونِ . وفارَقَ المالَ ؛ لأنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لإِثْبَاتِه .

١٩٩/٤ظ

فصل : وإن أَقَرَّتِ المَرْأَةُ بِوَلَدٍ ، ولم تكُنْ ذاتَ زَوْجٍ [37]ولا نَسَبٍ[37] ، قُبِلَ إقْرَارُها . وإن كانت ذاتَ زَوْجٍ ، فهل يُقْبَلُ إقْرَارُها ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ فيه حَمْلًا لِنَسَبِ الوَلَدِ على زَوْجِها ، ولم يُقِرَّ به ، أو إلْحَاقًا لِلْعَارِ به بِوِلَادَةِ امْرَأَتِه من غيرِه . والثانية : يُقْبَلُ ؛ لأنَّها شَخْصٌ أقَرَّ بِوَلَدٍ يَحْتَمِلُ أن يكونَ منه ، فقُبِلَ كالرَّجُلِ . وقال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن مَنْصُورٍ ، فى امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : فإن كان لها إخْوَةٌ أو نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، فلا بُدَّ من أن يَثْبُتَ أنَّه ابْنُها ، فإن لم يكُنْ لها دافِعٌ فمَن[38] يَحُولُ بينَها وبينه ، وهذا لأنَّها متى كانت ذاتَ أَهْلٍ ، فالظَّاهِرُ أنَّه لا تَخْفَى عليهم وِلَادَتُها ، فمتى ادَّعَتْ وَلَدًا لا يَعْرِفُونَه ، فالظَّاهِرُ كَذِبُها . ويَحْتَمِلُ أن تُقْبَلَ دَعْوَاها[39] مُطْلَقًا ؛ لأنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ له ، فأَشْبَهَتِ الرَّجُلَ .

---

(٣٦) فى م : « لما » .

(٣٧–٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى الأصل : « بمن » .

(٣٩) فى الأصل : « دعوتها » .

فصل : ولو قَدِمَتِ امْرَأَةٌ من بَلْدِ الرُّومِ ، ومعها[40] طِفْلٌ ، فأقَرَّ به رَجُلٌ ، لَحِقَهُ ؛ لِوُجُودِ الإمْكانِ ، وعَدَمِ المُنَازِعِ ، لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ دَخَلَ أَرْضَهُم ، أو دَخَلَتْ هى دارَ الإسْلَامِ وَوَطِئَها[41] ، والنَّسَبُ يُحْتَاطُ لإثْبَاتِه ، ولهذا لو وَلَدَت امْرَأَةُ رَجُلٍ وهو غائِبٌ عنها ، بعد عِشْرِينَ سَنَةً من غَيْبَتِه ، لَحِقَهُ ، وإن لم يُعْرَفْ له قُدُومٌ إليها ، ولا عُرِفَ لها خُرُوجٌ من بَلَدِهَا .

فصل : وإن أقَرَّ بِنَسَبِ صَغِيرٍ ، لم يكُنْ مُقِرًّا بِزَوْجِيَّةِ أُمِّهِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : إذا كانت مَشْهُورَةً بالحُرِّيَّةِ ، كان مُقِرًّا بزَوْجِيَّتِها ؛ لأنَّ أنْسَابَ المُسْلِمِينَ وأحْوَالَهم يَجِبُ حَمْلُها على الصِّحَّةِ ، وذلك أن تكونَ وَلَدَتْه منه فى نِكَاحٍ صَحِيحٍ . ولَنا ، أنَّ الزَّوْجِيَّةَ ليست مُقْتَضَى لَفْظِه ولا مَضْمُونِه ، فلم يكُنْ مُقِرًّا بها ، كما لو لم تكُنْ مَعْرُوفَةً بالحُرِّيَّةِ . وما ذَكَرُوهُ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النَّسَبَ مَحْمُولٌ على الصِّحَّةِ ، وقد يُلْحَقُ بالوطْءِ فى النِّكَاحِ الفاسِدِ والشُّبْهَةِ ، فلا يَلْزَمُهُ بِحُكْمِ إقْرَارِهِ ، ما لم يَتَضَمَّنْهُ لَفْظُه[42] ، ولم يُوجِبْهُ .

فصل : وإذا كان له أمَةٌ لها ثلاثةُ أوْلادٍ ، لا زَوْجَ لها ، ولا أقَرَّ بِوَطْئِها ، فقال : أحَدُ هؤلاءِ وَلَدِى . فإقْرارُه صَحِيحٌ ، ويُطَالَبُ بالبَيَانِ ، فإن عَيَّنَ أحَدَهُم ثَبَتَ نَسَبُه وحُرِّيَّتُه ، ثم يُسْأَلُ عن كَيْفِيَّةِ الاسْتِيلَادِ ، فإن قال : كان[43] بِنِكَاحٍ . فعَلَى الولَدِ[44] الوَلَاءُ ؛ لأنَّه قد مَسَّهُ رِقٌّ ، والأُمُّ وَوَلَدَاها الآخَرَانِ رَقِيقٌ قِنٌّ . وإن قال : اسْتَوْلَدْتُها فى مِلْكِى . فالمُقَرُّ به حُرُّ الأَصْلِ، لا وَلَاءَ عليه، والأَمَةُ أُمُّ وَلَدٍ. ثم إن كان المُقَرُّ به / الأَكْبَرَ ، فأخَوَاهُ أَبْنَاءُ أُمِّ وَلَدٍ ، حُكْمُهما حُكْمُها فى العِتْقِ بمَوْتِ سَيِّدِها . وإن كان

٤/٢٠٠و

---

(٤٠) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٤١) فى ا ، ب : « فوطئها » ..

(٤٢) فى الأصل : « إقراره » .

(٤٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٤) فى م : « الوالد » .

الأَوْسَطَ ، فالأَكْبَرُ قِنٌّ ، والأَصْغَرُ له حُكْمُ أُمِّهِ ، وإن عَيَّنَ الأَصْغَرَ ، فأَخَوَاهُ رَقِيقٌ قِنٌّ ؛ لأَنَّها وَلَدَتْهُما قبلَ الحُكْمِ بكَوْنِها أُمَّ وَلَدٍ ، وإن قال : هو من وَطْءِ شُبْهَةٍ . فالوَلَدُ حُرُّ الأَصْلِ ، وأَخَوَاهُ مَمْلُوكَانِ ، وإن مَاتَ قبلَ أن يُبَيِّنَ ، أُخِذَ وَرَثَتُه بالبَيَانِ ، ويَقُومُ بَيانُهم مَقَامَ بَيَانِه ، فإن بَيَّنُوا النَّسَبَ ولم يُبَيِّنُوا الاسْتِيلَادَ ، ثَبَتَ النَّسَبُ وحُرِّيَّةُ الوَلَدِ ، ولم يَثْبُتْ لِلأُمِّ ولا لِوَلَدَيْها حُكْمُ الاستِيلَادِ ؛ لأَنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ من نِكَاحٍ أو وَطْءِ شُبْهَةٍ ، وإن لم يُبَيِّنُوا النَّسَبَ ، وقالوا : لا نَعْرِفُ ذلك ، ولا الاسْتِيلَادَ ، فإنَّا نُرِيه القافَةَ[٤٥] ، فإن أَلْحَقُوا به واحِدًا منهم أَلْحَقْنَاهُ ، ولا يَثْبُتُ حُكْمُ الاسْتِيلَادِ لغيرِه ، فإن لم تكنْ قَافَةٌ أُقْرِعَ بينهم ، فمن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ عَتَقَ وَوَرِثَ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ ، إلَّا أنَّه لا يُوَرِّثُه بالقُرْعَةِ . ولَنا ، أنَّه حُرٌّ اسْتَنَدَتْ حُرِّيَّتُه إلى إقْرَارِ أَبِيه به[٤٦] ، فوَرِثَ ، كما لو عَيَّنَهُ فى إقْرَارِه .

فصل : وإذا كان له أَمَتَانِ ، لكلِّ واحِدَةٍ منهما وَلَدٌ ، فقال : أَحَدُ هٰذَيْنِ وَلَدِى من أَمَتِى . نَظَرْتَ ؛ فإن كان لكلّ واحِدَةٍ منهما زَوْجٌ يُمْكِنُ إلْحاقُ الوَلَدِ به ، لم يَصِحَّ إقْـرَارُه ، وأُلْحِـقَ[٤٧] الوَلَـدَانِ بالزَّوْجَيْـنِ . وإن كان لإحْـدَاهما زَوْجٌ دون الأُخْرَى ، انْصَرَفَ الإقْرارُ إلى وَلَدِ الأُخْرَى ؛ لأنَّه الذى يُمْكِنُ إلْحاقُه به ، وإن لم يكن لواحِدَةٍ منهما زَوْجٌ ، ولكن أَقَرَّ السَّيِّدُ بوَطْئِهِما ، صارَتَا فِرَاشًا ، ولَحِقَ وَلَدَاهُما به ، إذا أمْكَنَ أن يُولَدَا[٤٨] بعدَ وَطْئِه ، وإن أَمْكَنَ فى إحْدَاهما دون الأُخْرَى ، انْصَرَفَ الإقْرارُ إلى مَن أمْكَنَ ؛ لأنَّه وَلَدُه حُكْمًا . وإن لم يكُنْ أَقَرَّ بوَطْءِ واحِدَةٍ منهما ، صَحَّ إقْرارُه وثَبَتَتْ[٤٩] حُرِّيَّةُ المُقَرِّ به ؛ لأنَّه أَقَرَّ بنَسَبِ صَغِيرٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ مع الإمْكانِ لا مُنَازِعَ له فيه ، فلَحِقَهُ نَسَبُه ، ثم يُكَلَّفُ البَيَانَ ، كما لو طَلَّقَ إحْدَى نِسَائِه ، فإذا بَيَّنَ قُبِلَ بَيَانُه ؛ لأنَّ المَرْجِعَ فى ذلك إليه ، ثم يُطَالَبُ بِبَيَانِ كَيْفِيَّةِ الوِلَادَةِ ، فإن قال : اسْتَوْلَدْتُها فى مِلْكِى .

---

(٤٥) القائف : من يتتبع الأثر ، ويلحق الولد بوالده .

(٤٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٧) فى ا ، ب ، م : « ولحق » .

(٤٨) فى م : « يولد » .

(٤٩) فى ا ، ب ، م : « وتثبت » .

فالوَلَدُ حُرُّ الأَصْلِ ، لا وَلَاءَ عليه ، وأُمُّه أُمُّ وَلَدٍ . وإن قال : فى نِكَاحٍ . فعَلَى الوَلَدِ الوَلَاءُ ؛ لأنَّه مَسَّهُ رِقٌّ ، والأَمَةُ قِنٌّ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ بمَمْلُوكٍ . وإن قال : بِوَطْءِ شُبْهَةٍ . فالوَلَدُ حُرُّ الأَصْلِ ، والأَمَةُ قِنٌّ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به[50] فى غير مِلْكٍ . وإن ادَّعَتِ الأُخْرَى أنَّها التى اسْتَوْلَدَها ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الاسْتِيلَادِ ، فأَشْبَهَ ما لو ادَّعَتْ ذلك من غير إقْرَارِه بشىءٍ ، فإذا حَلَفَ رَقَّتْ ورَقَّ وَلَدُها ، وإذا ماتَ وَرِثَهُ وَلَدُه المُقَرُّ به . وإن كانت أمَةً قد صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ عَتَقَتْ أيضا ، وإن لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ عَتَقَتْ على وَلَدِها إن كان هو الوارِثَ وَحْدَه ، وإن كان معه غيرُه عَتَقَ منها بقَدْرِ ما مَلَكَ . فإن ماتَ قبلَ أن يُبَيِّنَ ، قامَ وَارِثُه مَقَامَهُ فى البَيَانِ ؛ لأنَّه يَقُومُ مَقَامَهُ فى إلْحاقِ النَّسَبِ وغيرِه ، فإذا بَيَّنَ كان كما لو بَيَّنَ المَوْرُوثُ ، وإن لم يَعْلَم الوارِثُ كَيْفِيَّةَ الاسْتِيلَادِ ، ففى الأَمَةِ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يكونُ رَقِيقًا ؛ لأنَّ الرِّقَ الأَصْلُ ، فلا يَزُولُ / بالاحْتِمَالِ . والثانى يُعْتَقُ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّها وَلَدَتْهُ فى مِلْكِه ؛ لأنَّه أقَرَّ بوَلَدِها وهى فى مِلْكِه . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ . فإن لم يكُنْ وارِثٌ ، أو كان وارِثٌ فلم يُعَيِّنْ ، عُرِضَ (51على القافَةِ51) ، فإن أَلْحقَتْ به أحَدَهُما ، ثَبَتَ نَسَبُه ، وكان حُكْمُه كما لو عَيَّنَ الوارِثُ ، فإن لم تكُنْ قَافَةٌ ، أو كانتْ فلم تَعْرِفْ ، أُقْرِعَ بين الوَلَدَيْنِ ، فَيَعْتِقُ أحدُهما بالقُرْعَةِ ؛ لأنَّ لِلْقُرْعَةِ مَدْخَلًا فى إثْبَاتِ الحُرِّيَّةِ . وقِيَاسُ المَذْهَبِ ثُبُوتُ نَسَبِه ومِيرَاثِه ، على ما ذَكَرْنا فى التى قَبْلَها . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَثْبُتُ نَسَبٌ ولا مِيرَاثٌ . واخْتَلَفُوا فى المِيرَاثِ ، فقال المُزَنِىُّ : يُوقَفُ نَصِيبُ ابنٍ[52] ؛لأنَّنا تَيَقَّنَّا ابْنًا وارِثًا . ولهم وَجْهٌ آخَرُ : لا يُوقَفُ شىءٌ ؛ لأنَّه لا يُرْجَى انْكِشَافُه . وقال أبو حنيفةَ : يُعْتَقُ من كل واحِدٍ نِصْفُه ، ويُسْتَسْعَى فى باقِيه ، ولا يَرِثَانِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى مثلَ ذلك ، إلَّا أنه يَجْعَلُ المِيرَاثَ بينهما نِصْفَيْنِ ، ويَدْفَعانِه فى سِعَايَتِهما . والكَلَامُ على قِسْمَةِ الحُرِّيَّةِ والسِّعَايَةِ يَأْتِى فى[53] العِتْقِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٤/٢٠٠ظ

---

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١ - ٥١) فى م : « للقافة » .

(٥٢) فى الأصل : « ابنه » .

(٥٣) فى الأصل زيادة : « باب » .

٨٥٧ - مسألة ؛ قال : (**وَكَذٰلِكَ إنْ أقَرَّ بِدَيْنٍ عَلَى أَبِيهِ ، لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ الوارِثَ إذا أقَرَّ بدَيْنٍ على مَوْرُوثِه ، قُبِلَ إقْرارُه . بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه . ويَتَعلَّقُ ذلك بتَرِكَةِ المَيِّتِ ، كما لو أقَرَّ به المَيِّتُ قبلَ مَوْتِه ، فإن لم يَخْلُفْ تَرِكَةً ، لم يُلْزَم الوارِثُ بشيءٍ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه أداءُ دَيْنِه إذا كان حَيًّا مُفلِسًا ، فكذلك إذا كان مَيِّتًا . وإن خَلفَ تَرِكَةً ، تَعلَّقَ الدَّيْنُ بها ، فإن أحَبَّ الوارِثُ تَسْلِيمَها فى الدَّيْنِ ، لم يَلْزَمْهُ إلَّا ذلك ، وإن أحَبَّ استِخْلَاصَها وإيفاءَ الدَّيْنِ من مالِه ، فله ذلك ، ويَلْزَمُه أقَلُّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِها أو قَدْرِ الدَّيْنِ بمَنْزِلَةِ الجانِى . وإن كان الوارِثُ واحِدًا ، فحُكْمُه ما ذَكَرْنا . وإن كانا اثْنَيْنِ أو أكْثَرَ ، وثَبَتَ الدَّيْنُ بإقْرارِ المَيِّتِ ، أو بَيِّنَةٍ ، أو إقْرارِ جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، فكذلك . وإذا اخْتارَ الوَرَثَةُ أخْذَ التَّرِكَةِ وقَضاءَ الدَّيْنِ من أمْوالِهم ، فعلى كلِّ واحِدٍ منهم من الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيراثِه . وإن أقَرَّ أحَدُهم ، لَزِمَهُ من الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيراثِه ، والخِيَرَةُ إليه فى تَسْلِيمِ نَصِيبِه فى الدَّيْنِ أو اسْتِخْلَاصِه . وإذا قَدَّرَهُ من الدَّيْنِ ، فإن كانا اثْنَيْنِ ، لَزِمَهُ النِّصْفُ ، وإن كانوا ثَلاثَةً ، فعليه الثُّلُثُ . وبهذا قال النَّخَعِىُّ ، والحَسَنُ ، والحَكَمُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، والشّافِعِىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يَلْزَمُه جَمِيعُ الدَّيْنِ ، أو جَمِيعُ مِيراثِه . وهذا آخِرُ قَوْلَىِ الشّافِعِىِّ رَجَعَ إليه بعد قَوْلِه كَقَوْلِنا ؛ لأنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بتَرِكَتِه ، فلا يَسْتَحِقُّ الوارِثُ منها إلَّا ما فَضَلَ من الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] . ولأنَّه يقولُ : ما أخَذَهُ المُنْكِرُ أخَذَهُ[2] بغيرِ اسْتِحْقَاقٍ . فكان غاصِبًا ، فتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بما بَقِىَ من التَّرِكَةِ ، كما لو غَصَبَهُ أجْنَبِىٌّ . ولَنا ، أنَّه لا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ من نِصْفِ المِيراثِ ، فلا يَلْزَمُه أكْثَرُ من نِصْفِ الدَّيْنِ ، كما لو أقَرَّ أخُوهُ ، ولأنَّه إقْرارٌ يَتَعَلَّقُ بحِصَّتِه وحِصَّةِ أخِيه ، فلا يَجِبُ عليه / إلَّا ما يَخُصُّه ، ٤/٢٠١و

---

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

كالإقْرَارِ بالوَصِيَّةِ ، وإقْرَارِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ على مالِ الشَّرِكَةِ ، ولأنَّه حَقٌّ لو ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ ، أو قَوْلِ المَيِّتِ ، أو إقْرَارِ الوَارِثَيْن ، لم يَلْزَمْهُ إلَّا نِصفُه ، فلم يَلْزَمْهُ بإقْرَارِه أَكْثَرُ من نِصفِه ، كالوَصِيَّةِ ، ولأنَّ شَهَادَتَهُ بالدَّيْنِ مع غيرِه تُقْبَلُ ، ولو لَزِمَهُ أَكْثَرُ من حِصَّتِه [٣] لم تُقْبَلْ شَهَادَتُه [٣] ؛ لأنَّه يَجُرُّ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا .

فصل : إذا ادَّعَى رَجُلَانِ دارًا بينهما ، مَلَكَاهَا بِسَبَبٍ يُوجِبُ الاشْتِرَاكَ [٤] ، مثل أن يَقُولَا : وَرِثْناهَا أو ابْتَعْناهَا معا . فأقَرَّ المُدَّعَى عليه بِنِصْفِها لأحَدِهما ، فذلك لهما جَمِيعًا ؛ لأنَّهما اعْتَرَفا أنَّ الدَّارَ لهما مُشَاعَةً ، فإذا غَصَبَ غَاصِبٌ نِصفَها ، كان منهما ، والباقِى بينهما ، وإن لم يكُونا ادَّعَيا شيئا يَقْتَضِى الاشْتِرَاكَ ، بل ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَها ، فأقَرَّ لأحَدِهما بما ادَّعَاهُ ، لم يُشَارِكْهُ الآخَرُ ، وكان على خُصُومَتِه ؛ لأنَّهما لم يَعْتَرِفَا بالاشْتِرَاكِ ، فإن أقَرَّ لأحَدِهما بالكُلِّ ، وكان المُقَرُّ له يَعْتَرِفُ للآخَرِ بالنِّصْفِ ، سَلَّمَهُ إليه ، وكذلك إن كان قد تَقَدَّمَ إقْرَارُهُ بذلك ، وَجَبَ تَسْلِيمُ النِّصْفِ إليه ؛ لأنَّ الذى هى فى يَدِه قد اعْتَرَفَ له بها ، فصَارَ بمَنْزِلَتِه ، فَيَثْبُتُ لمن يُقِرُّ له ، وإن لم يكُنْ اعْتَرَفَ للآخَرِ ، وادَّعَى جَمِيعَها ، أو ادَّعَى أَكْثَرَ من النِّصْفِ ، فهو له . فإن قِيلَ : فكَيْفَ يَمْلِكُ جَمِيعَها ولم يَدَّعِ إلَّا نِصفَها ؟ قُلْنا : ليس من شَرْطِ صِحَّةِ الإقْرَارِ تَقَدُّمُ الدَّعْوَى ، بل مَتَى أقَرَّ الإنْسَانُ بشىءٍ فصَدَّقَهُ المُقَرُّ له ، ثَبَتَ ، وقد وُجِدَ التَّصْدِيقُ هٰهُنا فى [٥] النِّصْفِ الذى لم يَسْبِقْ دَعْوَاه ، ويجوزُ أن يكونَ اقْتَصَرَ على دَعْوَى أَلِف ؛ لأنَّ له حُجَّةً به ، أو لأنَّ النِّصْفَ الآخَرَ قد اعْتَرَفَ له به ، فادَّعَى النِّصْفَ الذى لم يَعْتَرِفْ به . فإن لم يُصَدِّقْهُ فى إقْرَارِه بالنِّصْفِ الذى لم يَدَّعِه ، ولم يَعْتَرِفْ به لِلآخَرِ ، فَفِيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها : يَبْطُلُ الإقْرَارُ به ؛ لأنَّه أقَرَّ به لمن لا [٦] يَدَّعِيه . الثانى ، يَنْتَزِعُهُ الحاكِمُ [٧] من يَدِه [٧]

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « الشركة » .

(٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م

(٧ - ٧) سقط من : ا ، ب .

حتى يَثْبُتَ لِمُدَّعِيه ، ويُؤْجرُه ، ويَحْفَظُ أُجْرَتَه لِمَالِكِه . والثالث ، يُدْفَعُ إلى مُدَّعِيه لِعَدَمِ المُنَازِعِ فيه . ومذهبُ الشّافِعِيِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه كنَحْوِ ما ذَكَرْنَا .

٨٥٨ – مسألة ؛ قال : (وَكُلُّ مَنْ قُلْت : الْقَوْلُ قَوْلُه . فَلِخصْمِهِ عَلَيْهِ اليَمِينُ)

يَعْنِى فى هذا البابِ وفيما أشْبَهَهُ ، مثل أن يقولَ : عِنْدِى ألْفٌ . ثم قال : وَدِيعَةً . أو قال : عَلَىَّ . ثم قال : وَدِيعَةً . أو قال : له عِنْدِى رَهْنٌ . فقال المالِكُ : وَدِيعَة . ومثل الشَّرِيكِ والمُضَارِبِ والمُنْكِرِ لِلدَّعْوَى ، وإذا اخْتَلَفَا فى قِيمَةِ الرَّهْنِ أو قَدْرِهِ ، أو قَدْرِ الدَّيْنِ الذى الرَّهْنُ به ، وأشْبَاه هذا ، فكُلُّ مَن قُلْنا[1] : القَوْلُ قولُه . فعليه لِخَصْمِه اليَمِينُ ، لِقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « لَوْ أُعْطِىَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وأَمْوَالَهُمْ ، ولٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[2] . ولأنَّ اليَمِينَ يُشْرَعُ فى حَقِّ مَن ظَهَرَ صِدْقُه ، وقَوِىَ جانِبُه ، تَقْوِيَةً لِقَوْلِه واسْتِظْهَارًا ، والذى جُعِلَ القَوْلُ قولَه كذلك ، فيَجِبُ أن تُشْرَعَ اليَمِينُ فى حَقِّه .

٢٠١/٤ ظ / **فصل** : إذا أقَرَّ أنَّه وَهَبَ وأَقْبَضَ الهِبَة ، أو رَهَنَ وأَقْبَضَ ، أو أقَرَّ[3] أنَّه قَبَضَ ثَمَنَ[4] المَبِيعِ ، أو أجْرَ المُسْتَأْجَرِ ، ثم أنْكَرَ ذلك ، وسَأَلَ إحْلافَ خَصْمِه ، ففيه رِوَايَتَانِ ؛ إحْداهُما ، لا يُسْتَحْلَفُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّ دَعْواهُ تَكْذِيبٌ لإقْرارِه ، فلا تُسْمَعُ ، كما لو أقَرَّ المُضَارِبُ أنَّه رَبِحَ أَلْفًا ، ثم قال : غَلِطْتُ . ولأنَّ الإقْرَارَ أقْوَى من البَيِّنَةِ ، ولو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ[5] فقال : أحْلِفُوه لى مع بَيِّنَتِه . لم يُسْتَحْلَفْ ، كذا هٰهُنا . والثانية ، يُسْتَحْلَفُ . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّ العادَةَ جَارِيَةٌ بالإقْرَارِ قبلَ القَبْضِ ، فيَحْتَمِلُ صِحّةَ ما قالَه ، فيَنْبَغِى أن يُسْتَحْلَفَ خَصْمُه لِنَفْىِ الاحْتِمالِ .

---

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .
(٣) سقط من : ب ، م .
(٤) سقط من : م .
(٥) سقط من : ا .

وَيُفَارِقُ الإِقْرَارُ البَيِّنَةَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدهما ، أَنَّ العادَةَ جَارِيَةٌ بالإِقْرَارِ[٦] بالقَبْضِ قبلَه[٧] ، ولم تَجْرِ العادَةُ بالشَّهَادَةِ على القَبْضِ قبلَه ؛ لأنَّها تكونُ شَهَادَةَ زُورٍ . والثانى ، أَنَّ إِنْكَارَهُ مع الشَّهَادَةِ طَعْنٌ فى البَيِّنَةِ ، وتَكْذِيبٌ لها ، وفى الإِقْرَارِ بخِلَافِه . ولم يَذْكُر القاضى فى « المُجَرَّدِ » غيرَ هذا الوَجْهِ . وكذلك لو أَقَرَّ أنَّه اقْتَرَضَ منه أَلْفًا وقَبَضَهَا ، أو قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ . ثم قال : ما كنتُ قَبَضْتُها ، وإِنَّما أَقْرَرْتُ لأَقْبِضَها . فالحُكْمُ كذلك . ولأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ قد أَقَرَّ بِقَبْضٍ ذلك بِنَاءً على قولِ وَكِيلِه وظَنِّه ، والشَّهَادَةُ لا تجوزُ إِلَّا على اليَقِينِ . فأَمَّا إن أَقَرَّ أنَّه وَهَبَهُ طَعَامًا ، ثم قال : ما أَقْبَضْتُكَه . وقال المُتَّهِبُ : بل أَقْبَضْتَنِيه . فالقولُ قولُ الواهِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ القَبْضِ . وإن كانت فى يَدِ المُتَّهِبِ ، فقال : أَقْبَضْتَنِيها . فقال : بل أَخَذْتَها مِنِّى بغيرِ إِذْنِى . فالقولُ قولُ الواهِبِ أيضا ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ . وإن كانت حين الهِبَةِ فى يَدِ المُتَّهِبِ ، لم يُعْتَبَرْ إِذْنُ الواهِبِ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ مُضِىُّ مُدَّةٍ يتأَتَّى القَبْضُ فيها . وعلى مَن قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُه . منهما[٦] اليَمِينُ ؛ لما ذَكَرْنَا .

٨٥٩ – مسألة ؛ قال : (وَالإِقْرَارُ بِدَيْنٍ فِى مَرَضِ مَوْتِهِ ، كَالإِقْرَارِ فِى الصِّحَّةِ ، إِذَا كَانَ لِغَيْرِ وارِثٍ)

هذا ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهو قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أَهْلِ العِلْمِ ، على أَنَّ إِقْرَارَ المَرِيضِ فى مَرَضِه لغيرِ الوارِثِ جائِزٌ . وحكى أَصْحَابُنا رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّه (١ لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه إِقْرَارٌ فى مَرَضِ المَوْتِ ، أَشْبَهَ الإِقْرَارَ لِوَارِثٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى أنَّه ١) لا يُقْبَلُ إِقْرَارُه بزِيَادَةٍ على الثُّلُثِ ؛

---

(٦) سقط من : ب .

(٧) سقط من : م .

(١ – ١) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

لأنَّه مَمْنوعٌ من عَطِيَّةِ ذلك لأَجْنَبِيٍّ ، كما هو مَمْنوعٌ من عَطِيَّةِ الوارِثِ ، فلا[٢] يَصِحُّ إقْرارُه بما لا يَمْلِكُ عَطِيَّتَه ، بِخِلَافِ الثُّلُثِ فما دون . ولَنا ، أنَّه إقْرارٌ غيرُ مُتَّهَمٍ فيه ، فقُبِلَ ، كالإِقْرارِ فى الصِّحَّةِ ، يُحَقِّقُه أنَّ حالَةَ المَرَضِ أَقْرَبُ إلى الاحْتِيَاطِ لِنَفْسِه ، وإبْراءِ ذِمَّتِه ، وتَحَرِّى الصِّدْق ، فكان أَوْلَى بالقَبُولِ . وفارَقَ الإِقْرارَ لِلْوارِثِ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فيه ، على ما سَنَذْكُرُه .

فصل : فإن أقَرَّ لأَجْنَبِيٍّ بِدَيْنٍ فى مَرَضِه ، وعليه دَيْنٌ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ فى صِحَّتِه ، وفى المالِ سَعَةٌ لهما ، فهما سَوَاءٌ ، وإن ضَاقَ عن قَضائِهما ، فظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّهما سَوَاءٌ . وهو اخْتِيَارُ التَّمِيمِىِّ . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وذَكَرَ أبو عُبَيْدٍ أنَّه قولُ أكْثَرِ[٣] أهْلِ المَدِينَةِ ؛ لأنَّهما حَقَّانِ يَجِبُ قَضاؤُهما من رَأْسِ المالِ ، / لم يَخْتَصَّ أحَدُهما بِرَهْنٍ ، فاسْتَوَيَا ، كما لو ثَبَتَا بِبَيِّنَةٍ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَحاصُّ غُرَمَاءَ الصِّحَّةِ . قال[٤] القاضى: هو قِيَاسُ المَذْهَبِ؛ لِنَصِّ أحمدَ فى المُفْلِسِ أنَّه إذا أقَرَّ وعليه دَيْنٌ بِبَيِّنَةٍ ، يُبْدَأُ بالدَّيْنِ الذى بالبَيِّنَةِ . وبهذا قال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحَابُ الرأى ؛ لأنَّه أقَرَّ بعدَ تَعَلُّقِ الحَقِّ بِتَرِكَتِه ، فوَجَبَ أن لا يُشارِكَ المُقَرُّ له مَن ثَبَتَ دَيْنُه بِبَيِّنَةٍ ، كغَرِيمِ المُفْلِسِ الذى أقَرَّ له بعدَ الحَجْرِ عليه ، والدَّلِيلُ على تَعَلُّقِ الحَقِّ بمالِه ، مَنْعُه من التَّبَرُّعِ ومن الإقْرارِ لوَارِثٍ ؛ ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه ولهذا لا تَنْفُذُ هِبَاتُه وتَبَرُّعَاتُه ، فلم يُشَارِكْ مَن أقَرَّ له قبلَ الحَجْرِ ، ومن ثَبَتَ دَيْنُه بِبَيِّنَةٍ ، كالذى أقَرَّ له المُفْلِسُ . وإن أقَرَّ لهما جَمِيعًا فى المَرَضِ ، تَسَاوَيَا ، ولم يُقَدَّمِ السّابِقُ منهما ؛ لأنَّهما اسْتَوَيَا فى الحالِ ، فأَشْبَهَا غَرِيمَىِ الصِّحَّةِ .

٨٦٠ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإنْ أَقَرَّ لِوَارِثٍ ، لَمْ يَلْزَمْ بَاقِى الوَرَثَةِ قَبُولُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ**)

وبهذا قال شُرَيْحٌ ، وأبو هاشِمٍ ، وابنُ أُذَيْنَةَ[١] ، والنَّخَعِىُّ ، ويحيى الأَنْصَارِىُّ ، وأبو

---

(٢) فى الأصل : « فلم » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) فى ب ، م : « وقال » .

(١) عروة بن أذينة ، وأذينة لقب ، واسمه يحيى بن مالك الليثى التابعى ، مدينى ، فقيه ، محدث ، شاعر ، ثقة ، =

حنيفةَ وأَصْحَابُهُ . ورُوِىَ ذلك عن القاسِمِ ، وسَالِمٍ . وقال عَطَاءٌ ، والحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ : يُقْبَلُ ؛ لأَنَّ مَن صَحَّ الإقْرَارُ له فى الصِّحَّةِ ، صَحَّ فى المَرَضِ ، كالأَجْنَبِىِّ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ كالمَذْهَبَيْنِ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ إذا لم يُتَّهَمْ ، ويَبْطُلُ إن اتُّهِمَ ، كمَن له بِنْتٌ وابنُ عَمٍّ ، فأقَرَّ لِابْنَتِه ، لم يُقْبَلْ ، وإن أقَرَّ لِابْنِ عَمِّه ، قُبِلَ ؛ لأنَّه لا يُتَّهَمُ فى أنه يَزْوِى ابْنَتَه ويُوصِلُ المالَ إلى ابنِ عَمِّه ، وعِلَّةُ مَنْعِ الإقْرَارِ التُّهْمَةُ ، فاخْتَصَّ المَنْعُ بِمَوْضِعِهَا[2] . ولَنا ، أنَّه إيصَالٌ لمالِـه إلى وَارِثِه بقَوْلِه فى مَرَضِ مَوْتِه ، فلم يَصِحَّ بغيرِ رِضَى بَقِيَّةِ وَرَثَتِه ، كَهِبَتِه ، ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه فى حَقِّه ، فلم يَصِحَّ إقْرَارُه له ، كالصَّبِىِّ فى حَقِّ جَمِيعِ[3] النَّاسِ . وفَارَقَ الأَجْنَبِىَّ ؛ فإنَّ هِبَتَه له تَصِحُّ . وما ذَكَرَهُ مالِكٌ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ التُّهْمَةَ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُها بنَفْسِها ، فوَجَبَ اعْتِبَارُها بمَظِنَّتِها وهـو الإرْثُ ، وكذلك اعْتُبِرَ فى الوَصِيَّةِ والتَّبَرُّعِ وغيرِهِما .

فصل : وإن أَقَرَّ لِامْرَأَتِه بِمَهْرِ مِثْلِها أو دُونَه ، صَحَّ فى قَوْلِهِم جَمِيعًا . لا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا إلَّا الشَّعْبِىَّ ، قال : لا يجوزُ إقْرَارُه لها ؛ لأنَّه إقْرَارٌ لِوَارِثٍ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ بما تَحَقَّقَ سَبَبُهُ ، وعُلِمَ وُجُودُه ، ولم تُعْلَم البَرَاءَةُ منه ، فأَشْبَهَ ما لو كان عليه دَيْنٌ بِبَيِّنَةٍ ، فأَقَرَّ بأنَّه لم يُوَفِّه . وكذلك إن اشْتَرَى من وَارِثِه شيئا ، فأقَرَّ له بِثَمَنِ مِثْلِه ؛ لأنَّ القَوْلَ قولُ المُقَرِّ له ، فى أنَّه لم يَقْبِضْ ثَمَنَهُ . وإن أَقَرَّ لِامْرَأَتِـه بِدَيْنٍ سِوَى الصَّدَاقِ ، لم يُقْبَلْ . وإن أقَرَّ لها ، ثم أَبَانَها ، ثم[4] تَزَوَّجَها ، وماتَ فى[5] مَرَضِه ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُهُ لها . وقال محمدُ بن الحسنِ : يُقْبَلُ ؛ لأنَّها صارَتْ إلى حالٍ لا يُتَّهَمُ فيها ، فأَشْبَه ما لو أقَرَّ المَرِيضُ ثم بَرَأَ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ لِوَارِثٍ فى مَرَضِ المَوْتِ ، أشْبَهَ ما لو لم يُبِنْهَا ، وفارَقَ ما إذا صَحَّ من مَرَضِه ؛ لأنَّه لا يكونُ مَرَضَ المَوْتِ .

= ثبت . انظر : سمط اللآلى ١ / ١٣٦ ، والشعر والشعراء ٢ / ٥٧٩ ، ٥٨٠ وحاشيتهما .

(٢) فى الأصل : « بوضعها » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) فى م زيادة : « رجع » .

(٥) فى الأصل : « من » .

فصل : وإن أقَرَّ لِوارِثٍ ، فصارَ غيرَ وارِثٍ كرجلٍ أقرَّ لأخيهِ ولا وَلَدَ له ، ثم وُلِدَ له ابْنٌ ، لم يَصِحّ إقْرَارُه له . وإن أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، ثم صارَ وارثًا ، صَحَّ إقْرارُه له[6] . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا أقَرَّ لِامْرَأةٍ بِدَيْنٍ فى المَرَضِ ، / ثم تَزَوَّجَها ، جَازَ إقْرارُه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ . وحُكِىَ له قولُ سُفْيَانَ فى رَجُلٍ له ابْنَانِ ، فأقَرَّ لأحَدِهِمَا بِدَيْنٍ فى مَرَضِه ، ثم ماتَ الابْنُ ، وتَرَكَ ابْنًا ، والأبُ حَىٌّ ، ثم ماتَ بعد ذلك ، جَازَ إقْرَارُه . فقال أحمدُ : لا يجوزُ . وبهذا قال عثمانُ البَتِّىُّ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ رِوايةً أُخرَى فى الصُّورَتَيْنِ مُخَالِفَةً لما قُلْنا . وهو قول سُفْيَانَ الثَّوْرِىّ ، والشّافِعِىّ ؛ لأنَّه مَعْنًى يُعْتَبَرُ فيه عَدَمُ المِيرَاثِ ، فكان الاعْتِبَارُ فيه بِحَالَةِ المَوْتِ ، كالوَصِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه قولٌ تُعْتَبَرُ فيه التُّهْمَةُ ، فاعْتُبِرَتْ حالَ وُجُودِه دونَ غيرِه ، كالشَّهَادَةِ ، ولأنَّه إذا أقرَّ لغير وارِثٍ ، ثَبَتَ الإقْرَارُ ، وصَحَّ ؛ لِوُجُودِه من أهْلِه خَالِيًا عن تُهْمَةٍ ، فيَثْبُتُ الحَقُّ به ، ولم يُوجَدْ مُسْقِطٌ له ، فلا يَسْقُطُ . وإذا أقَرَّ لِوَارِثٍ ، وَقَعَ باطِلًا ؛ لِاقْتِرَانِ التُّهْمَةِ به ، فلا يَصِحُّ بعدَ ذلك ، ولأنَّه إقْرَارٌ لِوَارِثٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اسْتَمَرَّ[7] المِيرَاثُ . وإن أقَرَّ لغيرِ وارِثٍ ، صَحَّ ، واسْتَمَرَّ ، كما لو اسْتَمَرَّ عَدَمُ الإرْثِ . أمَّا الوَصِيَّةُ ، فإنَّها عَطِيَّةٌ بعد المَوْتِ ، فاعْتُبِرَتْ فيها حالَةُ المَوْتِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

٤/٢٠٢ظ

فصل : وإن أقَرَّ لِوارِثٍ وأجْنَبِىٍّ ، بَطَلَ فى حَقِّ الوَارِثِ ، وصَحَّ فى حَقِّ الأجْنَبِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ فى حَقِّ الأجْنَبِىِّ ، كما لو شَهِدَ بِشَهَادَةٍ يَجُرُّ إلى نَفْسِه بعضَها ، بَطَلَتْ شَهَادَتُه فى الكُلِّ ، وكما لو شَهِدَ لِابنِه وأجْنَبِىٍّ . وقال أبو حنيفةَ : إن أقَرَّ لهما بِدَيْنٍ من الشَّرِكَةِ ، فاعْتَرَفَ الأجْنَبِىُّ بالشَّرِكَةِ ، صَحَّ الإقْرَارُ لهما ، وإن جَحَدَها ، صَحَّ له دُونَ الوَارِثِ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ لِوارِثٍ وأجْنَبِىٍّ ، فيَصِحُّ لِلأجْنَبِىِّ دون الوَارِثِ ، كما لو أقَرَّ بِلَفْظَيْنِ ، أو كما لو جَحَدَ الأجْنَبِىُّ الشَّرِكَةَ . ويُفارِقُ[8] الإقْرَارُ الشَّهَادَةَ ؛ لِقُوَّةِ الإقْرَارِ ،

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م : « يستمر » .

(٨) فى ب : « وفارق » .

ولذلك لا تُعْتَبَرُ فيه العَدَالَةُ . ولو أَقَرَّ بشيءٍ له فيه نَفْعٌ ، كالإقْرارِ بنَسَبِ مُوسِرٍ ، قُبِلَ . ولو أقَرَّ بشيءٍ يَتَضَمَّنُ دَعْوَى على غيرِه ، قُبِلَ فيما عليه دون مالَه . كما لو قال لِامْرَأَتِه : خَلَعْتُكِ على أَلْفٍ . بانَتْ بإقْرارِه ، والقولُ قولُها فى نَفْيِ العِوَضِ . وإن قال لِعَبْدِه : اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ مِنِّى بِأَلْفٍ . فكذلك .

فصل : ويَصِحُّ إقْرَارُ المَـرِيضِ بوَارِثٍ ، فى إحْـدَى الرِّوَايَتَيْـنِ . والأُخْرَى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه إقْرَارٌ لِوَارِثٍ ، فأَشْبَه الإقْرَارَ له بمالٍ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه عند الإقْرارِ غيرُ وَارِثٍ ، فصَحَّ[9] . كما لو لم يَصِرْ وَارِثًا ، ويُمْكِنُ بِنَاءُ هذه المَسْأَلَةِ على ما إذا أقَرَّ لغيرِ وارِثٍ ثم صَارَ وَارِثًا ، فمَن صَحَّحَ الإقْرارَ ثَمَّ ، صَحَّحَهُ هـٰهُنَا ، ومن أَبْطَلَهُ ، أَبْطَلَهُ . وإن مَلَكَ ابنَ عَمِّهِ ، فأقَرَّ فى مَرَضِه أنَّه كان أَعْتَقَهُ فى صِحَّتِه ، وهو أَقْرَبُ عَصَبَتِه ، عَتَقَ ، ولم يَرِثْهُ ؛ لأنَّ تَوْرِيثَهُ يُوجِبُ إبْطَالَ الإقْرَارِ بِحُرِّيَّتِه ، وإذا بَطَلَتِ الحُرِّيَّةُ سَقَطَ الإرْثُ ، فصَارَ تَوْرِيثُه سَبَبًا[10] إلى إسْقَاطِ تَوْرِيثِه ، فأَسْقَطْنَا[11] التَّوْرِيثَ وَحْدَه . ويَحْتَمِلُ أن يَرِثَ ؛ لأنَّه حين الإقْرارِ غيرُ وارِثٍ ، فصَحَّ إقْرارُه له[12] ، كالمَسْأَلَةِ قَبْلَها .

فصل : ويَصِحُّ الإقْرَارُ من المَرِيضِ بإحْبَالِ الأَمَةِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ذلك ، فمَلَكَ الإقْرَارَ به . وكذلك / كلُّ ما مَلَكَه مَلَكَ الإقْرارَ به . فإذا أقَرَّ بذلك ، ثم ماتَ ، فإن بَيَّنَ أنَّه اسْتَوْلَدَها فى مِلْكِه ، فوَلَدُه حُرُّ الأَصْلِ ، وأُمُّه أُمُّ وَلَدٍ ، تَعْتِقُ من رَأْسِ المالِ . وإن قال : من نِكَاحِه ، أو وَطْءِ شُبْهَةٍ . لم تَصِرِ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ وعَتَقَ الوَلَدُ ، فإن كان من نِكَاحٍ فعليه الوَلَاءُ ؛ لأنَّه مَسَّهُ رِقٌّ ، وإن قال : من وَطْءِ شُبْهَةٍ . لم تَصِرِ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ . وإن لم يَتَبَيَّنِ السَّبَبُ ، فالأَمَةُ مَمْلُوكَةٌ ؛ لأنَّ الأَصْلَ الرِّقُّ ، ولم يَثْبُتْ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن تَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ اسْتِيلَادُها فى مِلْكِه ، من قِبَلِ أنَّها مَمْلُوكَتُه ، والـوِلَادَةُ

٢٠٣/٤و

---

(٩) فى ب ، م : « ويصح » .

(١٠) فى ا ، ب : « مفضيا » .

(١١) فى ب : « فأسقط » .

(١٢) سقط من : ا .

مَوْجُودَةٌ ، ولا وَلَاءَ على الوَلَدِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُه ، فلا يَثْبُتُ إلَّا بِدَلِيلٍ .

فصل : فى الأَلْفاظِ التى يَثْبُتُ بها الإِقْرَارُ ، إذا قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ . أو قال له : لِى [13] عَلَيْكَ أَلْفٌ ؟ فقال : نعم ، أو أَجَل ، أو صَدَقْتَ ، أو لعَمْرِى ، أو أنا مُقِرٌّ به ، أو بما ادَّعَيْتَ ، أو بِدَعْوَاكَ . كان مُقِرًّا فى جَمِيعِ ذلك ؛ لأَنَّ هذه الأَلْفَاظَ وُضِعَتْ لِلتَّصْدِيقِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُم مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ ﴾[14] . وإن قال : أليس لى عِنْدَكَ أَلْفٌ ؟ قال : بَلَى . كان إقْرارًا صَحِيحًا ؛ لأَنَّ بَلَى جَوابٌ لِلسُّؤَالِ بِحَرْفِ النَّفْيِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَى ﴾[15] . وإن قال : لَكَ عَلَىَّ [16] أَلْفٌ فى عِلْمِى ، أو فيما أَعْلَمُ . كان مُقِرًّا به ، [17] لأن ما فى عِلْمِه لا يَحْتَمِلُ إلَّا الوُجُوبَ . وإن قال : اقْضِنِى الأَلْفَ الذى لى عَلَيْكَ . قال : نعم . كان مُقِرًّا به [17] ؛ لأَنَّه تَصْدِيقٌ لما ادَّعاهُ . وإن قال : اشْتَرِ عَبْدِى هذا . أو أَعْطِنِى عَبْدِى هذا . فقال : نعم . كان إقْرارًا ؛ لما ذَكَرْنا . وإن قال : [18] لَكَ عَلَىَّ [18] أَلْفٌ إن شاءَ اللهُ تعالى . كان مُقِرًّا به . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصْحابُ الشّافِعِيِّ : ليس بإقْرارٍ ؛ لأَنَّه عَلَّقَ إقْرارَهُ على شَرْطٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ على مَشِيئَةِ زَيْدٍ ، ولأَنَّ ما عُلِّقَ على مَشِيئَةِ اللهِ تعالى لا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه . ولَنا ، أنَّه وَصَلَ إقْرارَه بما يَرْفَعُه كلَّه ، ولا يَصْرِفُه إلى غيرِ الإِقْرارِ ، فلَزِمَهُ ما أقَرَّ به ، وبَطَلَ ما وَصَلَهُ به ، كما لو قال : له [13] عَلَىَّ أَلْفٌ إلَّا أَلْفًا . ولأَنَّه عَقَّبَ الإِقْرارَ بما لا يُفِيدُ حُكْمًا آخَرَ ، ولا يَقْتَضِى رَفْعَ الحُكْمِ ، أشْبَهَ ما لو قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ فى مَشِيئَةِ اللهِ تعالى . وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ إلَّا أن يَشاءَ اللهُ . صَحَّ الإِقْرارُ ؛ لأَنَّه أَقَرَّ ، ثم عَلَّقَ رَفْعَ

---

(13) سقط من : ب .

(14) سورة الأعراف 44 .

(15) سورة الأعراف 172 .

(16) فى ا : « عندى » .

(17 – 17) سقط من : ب . نقلة نظر .

(18 – 18) فى الأصل : « لى عليك » خطأ .

الإقْرَارِ على أمْرٍ لا يُعْلَمُ ، فلم يَرْتَفِعْ . وإن قال : لَكَ عَلَىَّ أَلْفٌ ، إن شِئْتَ ، أو إن شَاءَ زَيْدٌ . لم يَصِحَّ الإقْرَارُ . وقال القاضى : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقَّبَهُ بما يَرْفَعُه ، فصَحَّ الإقْرَارُ دُونَ ما يَرْفَعُه ، كاسْتِثْنَاءِ الكُلِّ ، وكما لو قال : إن شَاءَ اللهُ . ولَنا ، أنَّه عَلَّقَهُ على شَرْطٍ يُمْكِنُ عِلْمُه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ ، إن شَهِدَ بها فُلَانٌ . وذلك لأنَّ الإقْرَارَ إخْبَارٌ بحَقٍّ سابِقٍ ، فلا يَتَعَلَّقُ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . ويُفَارِقُ التَّعْلِيقَ على مَشِيئَةِ اللهِ تعالى ، فإنَّ مَشِيئَةَ اللهِ تعالى تُذْكَرُ فى الكَلَامِ تَبَرُّكًا وَصِلَةً وتَفْوِيضًا إلى اللهِ تعالى ، لا لِلاشْتِرَاطِ ، كقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ ﴾[19] . وقد عَلِمَ اللهُ أنَّهم سَيَدْخُلُونَ بغير شَكٍّ . ويقولُ[20] النَّاسُ : صَلَّيْنا إن شَاءَ اللهُ تعالى . مع تَيَقُّنِهِمْ صَلَاتَهم ، بخِلَافِ مَشِيئَةِ الآدَمِىِّ . الثانى ، أنَّ مَشِيئَةَ اللهِ تعالَى لا تُعْلَمُ إلَّا بوُقُوعِ الأَمْرِ ، فلا يُمْكِنُ وَقْفُ الأَمْرِ على وُجُودِها ، ومَشِيئَةُ الآدَمِىِّ يُمْكِنُ العِلْمُ بها ، فيُمْكِنُ جَعْلُها شَرْطًا . يَتَوَقَّفُ الأَمْرُ على وُجُودِهَا ، / والماضِى لا يُمْكِنُ وَقْفُه ، فيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأَمْرِ هٰهُنا على المُسْتَقْبَلِ ، فيكونُ وَعْدًا لا إقْرَارًا . وإن قال : بِعْتُكَ إن شاءَ اللهُ تعالى ، أو زَوَّجْتُكَ إن شاءَ اللهُ تعالى . فقال أبو إسحاقَ بن شَاقْلَا : لا أعْلَمُ خِلَافًا عنه فى أنَّه إذا قِيلَ له : قَبِلْتَ هذا النِّكَاحَ ؟ فقال : نعم إن شاءَ اللهُ تعالى . أنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ به . قال أبو حنيفةَ : ولو قال : بِعْتُكَ بأَلْفٍ إن شِئْتَ . فقال : قد شِئْتُ وقَبِلْتُ . صَحَّ ؛ لأنَّ هذا الشَّرْطَ من مُوجِبِ العَقْدِ ومُقْتَضَاهُ ، فإنَّ الإيجَابَ إذا وُجِدَ من البائِعِ كان القَبُولُ إلى مَشِيئَةِ المُشْتَرِى واخْتِيَارِهِ . وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفانِ[21] إن قَدِمَ فُلَانٌ . لم يَلْزَمْهُ ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ بها فى الحالِ ، وما لا يَلْزَمُه فى الحالِ ، لا يَصِيرُ واجِبًا عند

٤/٢٠٣ظ

(١٩) سورة الفتح ٢٧ .

(٢٠) فى ب : « وقول » .

(٢١) فى الأصل : « ألف » . وسقط من : ا .

وُجُودِ الشَّرْطِ . وإن قال : إن شَهِدَ فُلَانٌ عَلَيَّ لك بِأَلْفٍ صَدَّقْتُه . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لأنَّه يَجُوزُ أن يُصَدِّقَ الكاذِبَ . وإن قال : إن شَهِدَ بها فُلَانٌ فهو صَادِقٌ . احْتَمَلَ أن لا يكونَ إقْرَارًا ؛ لأنَّه عَلَّقَهُ على شَرْطٍ ، فأَشْبَهَتِ التى قَبْلَها . واحْتَمَلَ أن يكونَ إقْرَارًا فى الحالِ ؛ لأنَّه لا[22] يُتَصَوَّرُ صِدْقُه إذا شَهِدَ بها ، إلَّا أن تكونَ ثابِتَةً فى الحال ، وقد أَقَرَّ بِصِدْقِهِ . وإن قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ إن شَهِدَ بها فُلَانٌ . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لأنه مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ .

فصل : وإن قال : لِى عَلَيْكَ[23] أَلْفٌ . فقال : أنا أُقِرُّ . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لأنَّه وَعَدَ بالإقْرَارِ فى المُسْتَقْبَلِ . وإن قال : لا أُنْكِرُ . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ من عَدَمِ الإنْكَارِ الإقْرَارُ ، فإنَّ بينهما قِسْمًا آخَرَ ، وهو السُّكُوتُ عنهما . وإن قال : لا أُنْكِرُ أن تكونَ مُحِقًّا[24] . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لذلك . وإن قال : أنا مُقِرٌّ . ولم يَزِدْ ، احْتَمَلَ أن يكونَ مُقِرًّا ؛ لأنَّ ذلك عَقِيبُ الدَّعْوَى ، فيَنْصَرِفُ[25] إليها . وكذلك إن قال : أَقْرَرْتُ . قال اللهُ تعالى : ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ﴾[26] . ولم يَقُولُوا : أَقْرَرْنَا بذلك . ولا زَادُوا عليه ، فكان منهم إقْرَارًا . واحْتَمَلَ أن لا يكونَ مُقِرًّا ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ غيرَ ذلك ، مثل أن يُرِيدَ : أنا مُقِرٌّ بالشَّهَادَةِ ، أو بِبُطْلَانِ دَعْوَاكَ . وإن قال : لَعَلَّ أو عَسَى . لم يكن مُقِرًّا ؛ لأنَّهما لِلتَّرَجِّى . وإن قال : أَظُنُّ أو أَحْسَبُ[27] أو أُقَدِّرُ . لم يكُنْ إقْرَارًا ؛ لأنَّ هذه الألْفَاظَ تُسْتَعْمَلُ لِلشَّكِّ . وإن قال : خُذْ ، أو اتَّزِنْ . لم يكُنْ إقْرَارًا[28] ؛ لأنه يَحْتَمِلُ : خُذِ الجَوَابَ ، أو اتَّزِنْ شَيْئًا آخَرَ . وإن قال : خُذْهَا ،

---

(22) سقط من : الأصل ، م .

(23) سقط من : ا .

(24) فى الأصل : « حقا » .

(25) فى ب ، م : « فيصرف » .

(26) سورة آل عمران 81 .

(27) فى الأصل ، ب ، م : « أحب » .

(28) فى م : « مقرا » .

أو اتَّزِنْها ، أو هى صِحَاحٌ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ليس بإقْرَارٍ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ تَرْجِعُ إلى المُدَّعِى ، ولم يُقِرَّ بِوُجُوبِه ، ولأنَّه يَجوزُ أن يُعْطِيَهُ ما يَدَّعِيهِ من غيرِ أن يكونَ وَاجِبًا عليه ، فأمْرُهُ بِأَخْذِهَا أَوْلَى أن لا يَلْزَمَ منه الوُجُوبُ . والثانى ، يكونُ إقْرَارًا ؛ لأَنَّ الضَّمِيرَ يَعُودُ إلى ما تَقَدَّمَ . وإن قال : له عَلَىَّ أَلْفٌ إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أو إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فلَهُ عَلَىَّ أَلْفٌ . فقال أصْحَابُنَا : الأَوَّلُ إقْرَارٌ ، والثانى ليس بإقْرَارٍ . وهذا مَنْصُوصُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه فى الأَوَّلِ بَدَأَ بالإقْرَارِ (٢٩) ، ثم عَقَّبَهُ بما لا يَقْتَضِى رَفْعَهُ ، لأَنَّ قولَه : إذا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . يَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ المَحِلَّ ، فلا يَبْطُلُ الإقْرَارُ بأَمْرٍ مُحْتَمِلٍ ، وفى الثانى بَدَأَ بالشَّرْطِ (٣٠ فعَلَّقَ عليه لَفظًا ٣٠) يَصْلُحُ للإقْرَارِ ويَصْلُحُ لِلْوَعْدِ ، فلا يكونُ إقْرَارًا مع الاحْتِمَالِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا فَرْقَ بينهما ؛ لأَنَّ تَقْدِيمَ الشَّرْطِ وتَأْخِيرَه سَوَاءٌ ، فيكونُ فيهما جميعا وَجْهَانِ .

---

(٢٩) فى م زيادة : « والثانى ليس بإقرار » .

(٣٠ – ٣٠) فى ب : « فتعلق عليه لفظ » .

(١كتابُ العَارِيَّةِ١)

٢٠٤/٤و **٨٦١** – / مسألة ؛ قال : (**وَالْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ ، وإنْ لَمْ يَتَعَدَّ فِيهَا المُسْتَعِيرُ**)

العَارِيَّةُ : إبَاحَةُ الانْتِفَاعِ بِعَيْنٍ من أَعْيَانِ المَالِ . مُشْتَقَّةٌ[٢] مِن عَارَ الشيءُ : إذا ذَهَبَ وجَاءَ. ومنه قِيلَ للبَطَّالِ: عَيَّارٌ؛ لِتَرَدُّدِه فى بَطَالَتِه، والعَرَبُ تقولُ: أعَارَهُ، وعَارَهُ. مثل أطَاعَهُ ، وطَاعَهُ . والأَصْلُ فيها الكِتَابُ والسُّنَّةُ والإجْمَاعُ ؛ أمَّا الكِتَابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾[٣] . رُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ وابنِ مَسْعُودٍ أنَّهما قالا : العَوَارِىّ . وفَسَّرَها ابنُ مَسْعُودٍ ، فقال : القِدْرُ والمِيزَانُ والدَّلْوُ . وأمَّا السُّنَّةُ ، فما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال فى خُطْبَةِ عَامِ حَجَّةِ الوَدَاعِ : « العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ ، والدَّيْنُ مَقْضِىٌّ ، والمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، والزَّعِيمُ غَارِمٌ » . أخْرَجَهُ التِّرمِذِىُّ[٤] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . ورَوَى صَفْوَانُ بن أُمَيَّةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ منه أَدْرُعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فقال : أَغَصْبًا يا محمدُ ؟ قال : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٥] . وأَجْمَعَ المسلمون على جَوازِ العارِيَّةِ واسْتِحْبَابِها ، ولأنَّه لمَّا جَازَتْ هِبَةُ الأَعْيَانِ ، جَازَتْ هِبَةُ المَنَافِعِ ، ولذلك صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بِالأَعْيَانِ والمَنَافِعِ جَمِيعا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العَارِيَّةَ مَنْدُوبٌ إليها ، وليستْ واجِبَةً ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، وقيل : هى واجِبَةٌ ؛ للآيَةِ ، ولما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ[٦] النبىَّ ﷺ قال : « مَا مِنْ صَاحِبِ إبِلٍ لَا يُؤَدِّى حَقَّها » . الحَدِيث .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ا : « مشتق » .

(٣) سورة الماعون ٧ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٧١ .

(٥) فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠١ ، ٦ / ٤٦٥ .

(٦) فى م : « عن » .

قيل : يا رسُولَ الله : وما حَقُّهَا ؟ قال : « إعَارَةُ دَلْوِهَا ، وإطْرَاقُ فَحْلِها ، ومِنْحَةُ لَبَنِها يَوْمَ وِرْدِهَا »[(٧)] . فذَمَّ اللهُ تعالى مانِعَ العَارِيَّةِ ، وتَوَعَّدَهُ رسولُ اللهِ ﷺ بما ذكر فى خَبَرِه . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « إذا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ ، فَقَدْ قَضَيْتَ ما عَلَيْكَ » . رَوَاهُ ابن المُنْذِرِ[(٨)] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَيْسَ فى الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ »[(٩)] . وفى حَدِيثِ الأَعْرَابِىِّ الذى سَأَلَ رسولَ اللهِ ﷺ : ماذا فَرَضَ اللهُ عَلَىَّ من الصَّدَقَةِ ؟ قال : « الزَّكَاة » . فقال : هل عَلَىَّ غيرُها ؟ قال : « لَا ، إلَّا أنْ تَطَوَّعَ شَيْئًا »[(١٠)] . أو كما قال . والآية فَسَّرَها ابنُ عمرَ والحسنُ البَصْرِىُّ بالزَّكَاةِ ، وكذلك زَيْدُ بن أَسْلَمَ . وقال عِكْرِمَةُ : إذا جَمَعَ ثَلَاثَتَها فله الوَيْلُ ، إذا سَهَا عن الصَّلَاةِ ، ورَاءَى ، ومَنَعَ المَاعُونَ . ويَجِبُ رَدُّ العارِيَّةِ إن كانت باقِيَةً . بغيرِ خِلَافٍ . ويَجِبُ ضَمَانُها إذا كانت تَالِفَةً ، تَعَدَّى فيها المُسْتَعِيرُ أو لم يَتَعَدَّ . رُوِىَ ذلك عن[(١١)] ابنِ عَبَّاسٍ وأبى هُرَيْرَةَ . وإليه ذَهَبَ عَطَاءٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ . وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وعمرُ بن عبد العَزِيزِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ : هى أَمَانَةٌ لا يَجِبُ ضَمَانُها إلَّا بالتَّعَدِّى ؛ لما رَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرُ المُغِلِّ[(١٢)] ، ضَمَانٌ »[(١٣)] . ولأنَّه قَبَضَها بإذْنِ

---

(٧) أخرجه مسلم ، فى : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٨٤ ، ٦٨٥ . والنسائى ، فى : باب مانع زكاة البقر ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ١٨ . والدارمى ، فى : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٩ ، ٣٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢١ . ولم يروه أحد من أصحاب هذه المصادر عن أبى هريرة بهذا اللفظ إنما رووه عن جابر بن عبد الله . وانظر مصنف عبد الرزاق ٤ / ٢٦ – ٣٠ . والفتح الربانى ٨ / ١٩٨ ، ١٥ / ١٢٨ ، ١٢٩ . وإرواء الغليل ٥ / ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٨) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ٩٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما أدى زكاته ليس بكنز ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٧٠ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ٧ .

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٧ .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) المغل : الخائن .

(١٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال لا يغرم ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وعبد الرزاق ، فى : =

مَالِكِها، فكانت أَمَانَةً، كالوَدِيعَةِ. قالوا: وقولُ النبيِّ ﷺ: «العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ». يَدُلُّ على أَنَّها أَمَانَةٌ، لقولِ اللهِ تعالى / : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[١٤] . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ ، فى حَدِيثِ صَفْوَانَ : « بل عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . ورَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، عن النبيِّ ﷺ ، أَنَّه قال : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِيُّ[١٥] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . ولأنَّه أَخَذَ مِلْكَ غيرِه لِنَفْعِ نَفْسِه ، مُنْفَرِدًا بِنَفْعِه من غيرِ[١٦] اسْتِحْقَاقٍ ، ولا إِذْنٍ فى الإِتْلَافِ ، فكان مَضْمُونًا كالغَصْبِ[١٧] ، والمَأْخُوذِ على وَجْهِ السَّوْمِ . وحَدِيثُهُم يَرْوِيهِ عُمَرُ بن عبد الجَبَّارِ ، عن عُبَيْدِ بن حَسَّانٍ ، عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، وعُمَرُ وعُبَيْدٌ ضَعِيفَانِ . قالَه الدَّارَقُطْنِىُّ . ويَحْتَمِلُ أَنَّه أَرَادَ ضَمَانَ المَنَافِعِ والأَجْزاءِ ، وقِيَاسُهم مَنْقُوضٌ بالمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ .

٢٠٤/٤ظ

فصل : وإن شَرَطَ نَفْىَ الضَّمَانِ ، لم يَسْقُطْ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ : يَسْقُطُ . قال أبو الخَطَّابِ . أَوْمَأَ إليه أحمدُ . وهو قولُ قَتَادَةَ والعَنْبَرِىِّ ؛ لأنَّه لو أَذِنَ فى إِتْلَافِها لم يَجِبْ ضَمَانُها ، فكذلك إذا أَسْقَطَ عنه ضَمَانَها . وقيل : بل مذهبُ قَتَادَةَ والعَنْبَرِىِّ ، أَنَّها لا تُضْمَنُ إلَّا أن يَشْتَرِطَ ضَمَانَها فيَجِبُ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ لِصَفْوَانَ : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . ولَنا ، أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمَانَ ، لم يُغَيِّرْهُ الشَّرْطُ ، كالمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ أو فاسِدٍ ، وما اقْتَضَى الأَمَانَةَ ، فكذلك ، كالوَدِيعَةِ

= باب العارية ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ١٧٨ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤١ .

(١٤) سورة النساء ٥٨ .

(١٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب العارية ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٢ . والدارمى ، فى : باب فى العارية مؤداة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٨ ، ١٢ .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ا ، ب ، م : « كالغاصب » .

والشَّرِكَةِ والمُضَارَبِةِ ، والذى كان مِن النبىِّ ﷺ إخْبارٌ بصِفَةِ العارِيَّةِ وحُكْمِهَا . وفارَقَ ما إذا أَذِنَ فى الإتْلَافِ ، فإنَّ الإتْلافَ فِعْلٌ يَصِحُّ الإِذْنُ فيه ، ويَسْقُطُ حُكْمُه ، إذْ لا يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلضَّمانِ مع الإِذْنِ فيه ، وإسْقاطُ الضَّمانِ هـٰهُنا نَفْىٌ لِلْحُكْمِ مع وُجُودِ سَبَبِه ، وليس ذلك لِلْمالِكِ ، ولا يَمْلِكُ الإِذْنَ فيه .

فصل : وإذا انْتَفَعَ بها ، ورَدَّهَا على صِفَتِهَا ، فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّ المَنافِعَ مَأْذُونٌ فى إتْلافِهَا ، فلا يَجِبُ عِوَضُها . وإن تَلِفَ شىءٌ من أَجْزَائِها التى لا تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ ، فعليه ضَمَانُها ؛ لأَنَّ ما ضُمِنَ جُمْلَتُه ضُمِنَتْ أَجْزَاؤُه ، كالمَغْصُوبِ . وأمَّا أَجْزاؤُها التى تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ ، كخَمْلِ[18] المِنْشَفَةِ والقَطِيفَةِ ، وخُفِّ الثَّوْبِ يَلْبَسُهُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَجِبُ ضَمَانُه ؛ لأنَّها أَجْزاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٌ ، فكانت مَضْمُونَةً ، كما لو كانت مَغْصُوبَةً ، ولأنَّها أَجْزاءٌ يَجِبُ ضَمَانُها لو تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمالِها ، فتُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ وَحْدَها ، كسائِرِ الأَجْزَاءِ . والثانى ، لا يَضْمَنُها . وهو قولُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الإذْنَ فى الاسْتِعْمالِ تَضَمَّنَهُ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُه ، كالمَنافِعِ ، وكما لو أَذِنَ فى إتْلافِهَا صَرِيحًا . وفارَقَ ما إذا تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمالِها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَمْيِيزُها من العَيْنِ ، ولأنَّه إنَّما أَذِنَ فى إتْلافِها على وَجْهِ الانْتِفاعِ ، فإذا تَلِفَتْ[19] قبلَ ذلك فقد تَلِفتْ[20] على غيرِ الوَجْهِ الذى أذِنَ فيه ، فضَمِنَها ، كما لو أَجَرَ العَيْنَ المُسْتَعارَةَ ، فإنَّه يَضْمَنُ مَنافِعَها . فإذا قُلْنا : لا يَضْمَنُ الأَجْزاءَ . فتَلِفَتِ العَيْنُ بعد ذَهَابِها بالاسْتِعْمالِ ، فإنَّها تُقَوَّمُ حالَ التَّلَفِ ؛ لأنَّ الأَجْزاءَ التالِفَةَ تَلِفَتْ غيرَ مَضْمُونَةٍ ، لكَوْنِها مَأْذُونًا فى إتْلافِها ، فلا يجوزُ تَقْوِيمُها عليه . وإن قُلْنا : يَجِبُ ضَمانُ الأَجْزاءِ . قُوِّمَتِ العَيْنُ قبلَ تَلَفِ أَجْزائِها . / وإن تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ ذَهَابِ أَجْزائِها . ضَمِنَها كلَّها بأَجْزائِها . وكذلك لو تَلِفَتِ الأَجْزاءُ باسْتِعْمالٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه ، مثل أن يُعِيرَه ثَوْبًا

٢٠٥/٤ و

---

(١٨) خمل المنشفة : هدبها .

(١٩) فى م زيادة : « العين » .

(٢٠) فى الأصل ، ا ، م : « فاتت » .

لِيَلْبَسَهُ ، فحَمَلَ فيه تُرَابًا ، فإنَّه يَضْمَنُ نَقْصَهُ ومَنَافِعَه ؛ لأنَّه تَلِفَ بتَعَدِّيه . وإن تَلِفَ بغير تَعَدٍّ منه[21] ولا اسْتِعْمَالٍ ، كتَلَفِهَا لِطُولِ الزَّمَانِ عليها ، ووُقُوعِ نارٍ عليها ، فيَنْبَغِى أن يَضْمَنَ ما تَلِفَ منها بالنَّارِ ونحوِها ؛ لأنَّه تَلَفٌ لم يَتَضَمَّنْهُ[22] الاسْتِعْمالُ المَأْذُونُ فيه ، فأَشْبَهَ تَلَفَها بِفِعْلٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه . وما تَلِفَ بمُرُورِ الزَّمَانِ عليه ، يكونُ حُكْمُه حُكْمَ ما تَلِفَ بالاسْتِعْمالِ ؛ لأنَّه تَلِفَ بالإِمْسَاكِ المَأْذُونِ فيه ، فأَشْبَهَ تَلَفَهُ بالفِعْلِ المَأْذُونِ فيه .

فصل : فأمَّا وَلَدُ العَارِيَّةِ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَدْخُلْ فى الإِعَارَةِ ، فلم يَدْخُلْ فى الضَّمَانِ ، ولا فائِدَةَ لِلْمُسْتَعِيرِ فيه ، فأَشْبَهَ الوَدِيعَةَ ، ويَضْمَنُه فى الآخَرِ ؛ لأنَّه وَلَدُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فيُضْمَنُ ، كوَلَدِ المَغْصُوبةِ . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فإنَّ وَلَدَ المَغْصُوبةِ لا يضْمَنُ إذا لم يكُنْ مَغْصُوبًا . وكذلك وَلَدُ العارِيَّةِ إذا لم يُوجَدْ مع أُمِّهِ . وإنَّما يُضْمَنُ وَلَدُ المَغْصُوبَةِ إذا كان مَغْصُوبًا ، فلا أَثَرَ لِكَوْنِه وَلَدًا لها .

فصل : ويَجِبُ ضَمَانُ العَيْنِ بمِثْلِها إن كانتْ من ذَوَاتِ الأَمْثَالِ ، فإن لم تَكُنْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَها بِقِيمَتِها يومَ تَلَفِها ، إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجِبُ فيه ضَمانُ الأَجْزاءِ التَّالِفَةِ بالانْتِفَاعِ المَأْذُونِ فيه ، فإنَّه يَضْمَنُها بِقِيمَتِها[23] قبلَ تَلَفِ أَجْزائِها ، إن كانت قِيمَتُها حِينَئِذٍ أَكْثَرَ ، وإن كانتْ أَقَلَّ ، ضَمِنَها بِقِيمَتِها يومَ تَلَفِها ، على الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : وإن كانت العَيْنُ باقِيَةً ، فعَلَى المُسْتَعِيرِ رَدُّهَا إلى المُعِيرِ أو وَكِيلِه فى قَبْضِها ، ويَبْرَأُ ذلك من ضَمَانِها . وإن رَدَّها إلى المَكَانِ الذى أَخَذَهَا منه ، أو إلى مِلْكِ صَاحِبِها ، لم يَبْرَأْ من ضَمَانِها . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّها صَارَتْ كالمَقْبُوضَةِ ، فإنَّ رَدَّ العَوَارِىِّ فى العَادَةِ يَكونُ إلى أَمْلَاكِ أَرْبَابِها ، فيكونُ مَأْذُونًا

---

(21) فى الأصل : « تعديه » .

(22) فى الأصل : « يتضمن » .

(23) سقط من : ب .

فيه من طَرِيقِ العادَةِ . ولَنا ، أنَّه لم يَرُدَّهَا إلى مَالِكِها ، ولا نَائِبِه فيها ، فلم يَبْرَأْ منها كما لو دَفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ . وما ذَكَرَهُ يَبْطُلُ بالسَّارِقِ إذا رَدَّ المَسْرُوقَ إلى الحِرْزِ ، ولا تُعْرَفُ العَادَةُ التى ذَكَرَها . وإن رَدَّهَا إلى مَنْ جَرَتْ عَادَتُه بِجَرَيانِ ذلك على يَدَيْهِ ، كَزَوْجَتِه المُتَصَرِّفَةِ فى مالِه ، ورَدِّ الدَّابّةِ إلى سَائِسِها ، فقِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّه يَبْرَأُ . قالَه القاضى ؛ لأنَّ أحمدَ قال فى الوَدِيعَةِ : إذا سَلَّمَها المُودِعُ إلى امْرأتِه ، لم يَضْمَنْها . ولأنَّه مَأْذُونٌ فى ذلك عُرْفًا ، أشْبَهَ ما لو أُذِنَ فيه نُطْقًا . ومُؤْنَةُ الرَّدِّ على المُسْتَعِيرِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ » . وقوله : « عَلَى اليَدِ ما أخَذَتْ حتى تُؤَدِّيَهُ »[٢٤] . وعليه رَدُّها إلى المَوْضِعِ الذى أخَذَها منه ؛ إلَّا أن يَتَّفِقَا على رَدِّها إلى غيرِه ؛ لأنَّ ما وَجَبَ رَدُّهُ ، لَزِمَ رَدُّه إلى مَوْضِعِه ، كالمَغْصُوبِ .

/ فصل : ولا تَصِحُّ العارِيَّةُ إلَّا من جائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى المالِ ، فأشْبَهَ التَّصَرُّفَ بالبَيْعِ . وتُعْقَدُ بكلِّ فِعْلٍ أو لَفْظٍ يَدُلُّ عليها ، مثل قوله : أعَرْتُكَ هذا . أو يَدْفَعُ إليه شيئا ، ويقول : أبَحْتُكَ الانْتِفاعَ به . أو خُذْ هذا فانْتَفِعْ به . أو يقول : أعِرْنِى هذا . أو أعْطِنِيه أرْكَبْه أو أحْمِلْ عليه . ويُسَلِّمُه إليه . وأشْبَاه هذا ؛ لأنَّه إبَاحَةٌ لِلتَّصَرُّفِ ، فصَحَّ بالقولِ والفِعْلِ الدّالِّ عليه ، كإبَاحَةِ الطَّعَامِ بِقَوْلِه وتَقْدِيمِه إلى الضَّيْفِ . ٢٠٥/٤ظ

فصل : وتجوزُ إعَارَةُ كلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بها مَنْفَعَةً مُبَاحَةً مع بَقَائِهـا على الـدَّوَامِ ، كالدُّورِ ، والعَقَارِ ، والعَبِيدِ ، والجَوَارِى ، والدَّوَابِّ ، والثِّيَابِ ، والحَلْىِ لِلُّبْسِ ، والفَحْلِ لِلضِّرَابِ ، والكَلْبِ للصَّيْدِ ، وغيرِ ذلك ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعَارَ أَدْرُعًا[٢٥] ، وذَكَرَ إعَارَةَ دَلْوِهَا وفَحْلِها . وذَكَرَ ابنُ مَسْعُودٍ عَارِيَّةَ القِدْرِ والمِيزَانِ ، فيَثْبُتُ الحُكْمُ فى هذه الأشْيَاءِ ، وما عداها مَقِيسٌ عليها إذا كان فى مَعْناها . ولأنَّ ما جَازَ لِلْمالِكِ اسْتِيفَاؤُه

---

(٢٤) فى الأصل : « ترده » . وتقدم فى أول الباب .

(٢٥) فى الأصل : « أدراعا » .

من المَنَافِعِ ، مَلَكَ إبَاحَتَهُ إذا لم يَمْنَعْ منه مانِعٌ كالثِّيابِ . ولأنَّها أَعْيَانٌ تجوزُ إجَارَتُها ، فجازَتْ إعَارَتُها ، كالثِّيَابِ . ويجوزُ اسْتِعَارَةُ الدَّراهِمِ والدَّنَانِيرِ لِيَزِنَ بها ، فإن اسْتَعَارَها لِيُنْفِقَها ، فهذا قَرْضٌ . وهذا قولُ أصْحَابِ الرَّأْيِ . وقيل : ليس هذا جائِزًا ، ولا تكون العَارِيَّةُ فى الدَّنَانِيرِ ، وليس له أن يَشْتَرِىَ بها شيئا . ولَنا ، أنَّ هذا مَعْنَى القَرْضِ ، فانْعَقَدَ القَرْضُ به ، كما لو صَرَّحَ به .

فصل : ولا تَجُوزُ إعارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لِكَافِرٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَمْكِينُه من اسْتِخْدامِه ، فلم تَجُزْ إعَارَتُه لذلك ، ولا إعَارَةُ الصَّيْدِ لِمُحْرِمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له[26] إمْسَاكُه ، ولا إعَارَةُ المَرْأَةِ الجَمِيلَةِ لِرَجُلٍ غيرِ مَحْرَمِها ، إن كان يَخْلُو بها ، أو يَنْظُرُ إليها ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ عليها . وتجوزُ إعارَتُها لِامْرَأَةٍ ولذى مَحْرَمِها . ولا تَجُوزُ إعَارَةُ العَيْنِ لِنَفْعٍ مُحَرَّمٍ ، كإعَارَةِ الدّارِ لمن يَشْرَبُ فيها الخَمْرَ ، أو يَبِيعُه فيها ، أو يَعْصِى اللهَ تعالى فيها ، ولا إعارَةُ عَبْدِه للزَّمْرِ ، أو لِيَسْقِيَهُ الخَمْرَ ، أو يَحْمِلَها له ، أو يَعْصِرَها ، أو نحو ذلك . ويُكْرَهُ أن يَسْتَعِيرَ وَالِدَيْه لِخِدْمَتِه ؛ لأنَّه يُكْرَهُ له اسْتِخْدَامُهُما ، فكُرِه اسْتِعَارَتُهما لذلك .

فصل : وتجوزُ الإعَارَةُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ؛ لأنَّها إبَاحَةٌ ، فجازَ فيها ذلك ، كإباحَةِ الطَّعَامِ . ولأنَّ الجَهالَةَ إنَّما تُؤَثِّرُ فى العُقُودِ اللَّازِمَةِ ، فإذا أعَارَهُ شَيْئًا مُطْلَقًا ، أُبِيحَ له الانْتِفَاعُ به فى كل ما هو مُسْتَعِدٌّ له من الانْتِفَاعِ[27] . فإذا أعَارَهُ أَرْضًا مُطْلَقًا ، فله أن يَزْرَعَ فيها ، ويَغْرِسَ ، ويَبْنِىَ ، ويَفْعَلَ فيها كلَّ ما هى مُعَدَّةٌ له من الانْتِفاعِ ؛ لأنَّ الإذْنَ مُطْلَقٌ . وإن أعَارَهُ لِلغِرَاسِ أو لِلْبِنَاءِ ، فله أن يَزْرَعَ فيها ما شَاءَ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ دون ضَرَرِهما ، فكأنَّه اسْتَوْفَى بعضَ ما أُذِنَ له فيه . وإن اسْتَعَارَها لِلزَّرْعِ ، لم يَغْرِسْ ، ولم يَبْنِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهما أَكْثَرُ ، فلم يكُنِ الإذْنُ فى القَلِيلِ إذْنًا فى الكَثِيرِ . وإن اسْتَعارَها لِلْغِرَاسِ ، أو لِلْبِنَاءِ ، مَلَكَ المَأْذُونَ فيه منهما دون الآخَرِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهما مُخْتَلِفٌ . فإنَّ

---

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) فى م زيادة : « به » .

ضَرَرَ الغِرَاسِ فى باطِنِ الأَرْضِ لِانْتِشَارِ العُرُوقِ فيها ، وضَرَرَ البِنَاءِ فى ظَاهِرِهَا ، فلم يكُنِ الإِذْنُ فى أحَدِهِما إذْنًا فى الآخرِ . وإن اسْتَعَارَها لِزَرْعِ الحِنْطَةِ ، فله زَرْعُها وزَرْعُ ما هو أقَلُّ ضَرَرًا منها ، كالشَّعِيرِ والبَاقِلَّا / والعَدَسِ ، وله زَرْعُ ما ضَرَرُه كضَرَرِ الحِنْطَةِ ؛ لأنَّ الرِّضَى بزِرَاعَةِ شىءٍ رِضًى بضَرَرِهِ ، وما هو دونه ، وليس له زَرْعُ ما هو أكْثَرُ ضَرَرًا منه ، كالذُّرَةِ والدُّخْنِ والقُطْنِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ أكْثَرُ . وحُكْمُ إبَاحَةِ الانْتِفَاعِ فى العَارِيَّةِ ، كحُكْمِ الانْتِفَاعِ فى الإِجَارَةِ فيما له أن يَسْتَوْفِيَهُ ، وما يُمْنَعُ منه . وسَنَذْكُرُ فى الإِجَارَةِ تَفْصِيلَ ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن أَذِنَ له فى زَرْعِ مَرَّةٍ ، لم يكُنْ له أن يَزْرَعَ أكْثَرَ منها . وإنْ أَذِنَ له فى غَرْسِ شَجَرَةٍ فانْقَلَعَتْ ، لم يكُنْ له غَرْسُ أُخْرَى ، وكذلك إن أَذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبَةٍ[28] على حائِطٍ فانْكَسَرَتْ ، لم يَمْلِكْ وَضْعَ أُخْرَى ؛ لأنَّ الإِذْنَ إذا اخْتَصَّ بشىءٍ لم يَتَجاوَزْهُ .

٢٠٦/٤و

فصل : وإن[29] اسْتَعارَ شَيْئًا ، فله اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِه بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ؛ لأنَّ وَكِيلَه نائِبٌ عنه ، ويَدُه كيَدِه . وليس له أن يُؤْجِرَهُ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكِ المَنَافِعَ ، فلا يَصِحُّ أن يُمَلِّكَها . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . ولا خِلَافَ بينهم أن المُسْتَعِيرَ لا يَمْلِكُ العَيْنَ . وأَجْمَعُوا على أنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالَ المُعَارِ فيما أُذِنَ له فيه ، وليس له أن يُعِيرَه غيرَه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشّافِعِىِّ . وقالُوا فى الآخرِ : له ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه يُمَلِّكُه على حَسَبِ ما مَلَكَه ، فجازَ كالْمُسْتَأْجِرِ أن يُؤْجِرَ . قال أصْحَابُ الرَّأْىِ : إذا اسْتَعارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ هو ، فأَعْطاهُ غيرَه ، فَلَبِسَه ، فهو ضَامِنٌ . وإن لم يُسَمِّ من يَلْبَسُه ، فلا ضَمَانَ عليه . وقال مالِكٌ : إذا لم يَعْمَلْ بها إلَّا الذى كان يَعْمَلُ بها الذى أُعِيرَها ، فلا ضَمَانَ عليه . ولَنا ، أنَّ العارِيَّةَ إبَاحَةُ المَنْفَعَةِ ، فلم يَجُزْ أن يُبِيحَها غيره كإِبَاحَةِ[30] الطَّعَامِ . وفارَقَ الإِجارَةَ؛ لأنَّه مَلَكَ الانْتِفَاعَ على كل وَجْهٍ ، فمَلَكَ أن

---

(٢٨) فى ا ، ب ، م : « خشبته » .

(٢٩) فى ا ، ب : « ومن » .

(٣٠) فى ب : « وكإباحة » .

يُمَلِّكَها ، وفى العَارِيَّةِ لم يَمْلِكْها ، إنَّما مَلَكَ اسْتِيفَاءَها على وَجْهِ ما أُذِنَ له ، فأشْبَه من أُبِيحَ له أَكْلُ الطَّعَامِ . فعلى هذا ، إن أعَارَ فلِلْمالِكِ الرُّجُوعُ بأَجْرِ المِثْلِ ، وله أن يُطَالِبَ مَن شَاءَ منهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ سَلَّطَ[31] غيرَه على أخْذِ مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، والثانى اسْتَوْفَاهُ بغير إذْنِه ، فإن ضَمِنَ الأوَّلُ رَجَعَ على الثانِى ؛ لأنَّ الاسْتِيفَاءَ حَصَلَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، وإن ضَمِنَ الثانى لم يَرْجِعْ على الأوَّلِ ، إلَّا أن يكونَ الثانِى لم يَعْلَمْ بحَقِيقَةِ الحالِ ، فيَحْتَمِلُ أن يَسْتَقِرَّ الضَّمَانُ على الأوَّلِ ؛ لأنَّه غَرَّ الثانى ، ودَفَعَ إليه العَيْنَ على أنَّه يَسْتَوْفِى مَنَافِعَها بغيرِ عِوَضٍ . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ الثانى ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أن تكونَ مَضْمُونَةً عليه ، فإن رَجَعَ على الأوَّلِ ، رَجَعَ الأوَّلُ على الثانى ، وإن رَجَعَ على الثانى ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ .

فصل : وإن أعَارَهُ شيئا ، وأَذِنَ له فى إجارَتِه مُدَّةً مَعْلُومةً ، أو فى إعَارَتِه مُطْلَقًا ، أو مُدَّةً ، جازَ ، لأنَّ الحَقَّ لمَالِكِه ، فجَازَ ما أُذِنَ فيه . وليس له الرُّجُوعُ بعد عَقْدِ الإجارَةِ حتى يَنْقَضِىَ ؛ لأنَّ عَقْدَ الإجارَةِ لازِمٌ ، وتكونُ العَيْنُ مَضْمُونَةً على المُسْتَعِيرِ ، غيرَ مَضْمُونَةٍ على المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الإجارَةِ لا يُوجِبُ ضَمَانًا . وإن أجَرَه بغيرِ إذْنٍ ، لم تَصِحَّ الإجارَةُ ، ويكونُ على المُسْتَأْجِرِ الضَّمَانُ ، ولِلْمالِكِ تَضْمِينُ مَن شَاءَ منهما ، على ما ذَكَرْناهُ فى العَارِيَّةِ .

٢٠٦/٤ ظ **فصل** : ويجوزُ أن يَسْتَعِيرَ عَبْدًا لِيَرْهَنَه . / قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعُوا على أنَّ الرَّجُلَ إذا اسْتَعارَ من الرَّجُلِ شيئا يَرْهَنُه عندَ رَجُلٍ ، على شىءٍ مَعْلُومٍ ، إلى وَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فرَهَنَ ذلك على ما أُذِنَ له فيه ، أنَّ ذلك جائزٌ ؛ وذلك لأنَّه اسْتَعارَهُ لِيَقْضِىَ به حاجَتَهُ ، فصَحَّ ، كسائِرِ العَوَارِى . ولا يُعْتَبَرُ العِلْمُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وجِنْسِه ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ لا يُعْتَبَرُ فيها العِلْمُ . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . وقال الشَّافِعِىُّ : يُعْتَبَرُ ذلك ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَخْتَلِفُ بذلك . ولَنا ، أنَّها عَارِيَّةٌ لِجنْسٍ من النَّفْعِ ، فلم تُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، كعَارِيَّةِ

---

(٣١) فى الأصل ، م : « سلطه » .

الأَرْضِ لِلزَّرْعِ . ولا يَصِيرُ المُعِيرُ ضَامِنًا لِلدَّيْنِ . وقال الشّافِعِيُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : يَصِيرُ ضَامِنًا له[٣٢] فى رَقَبَةِ عَبْدِه ؛ لأَنَّ العَارِيَّةَ ما يُسْتَحَقُّ به مَنْفَعَةُ العَيْنِ ، والمَنْفَعَةُ هٰهُنا لِلْمَالِكِ ، فدَلَّ على أنّه ضَمَانٌ . ولَنا ، أنّه أعَارَهُ لِيَقْضِىَ منه حَاجَتَهُ ، فلم يكُنْ ضَامِنًا ، كسَائِرِ العَوَارِى ، وإنَّما يَسْتَحِقُّ بالعَارِيَّةِ النَّفْعَ المَأْذُونَ فيه ، وما عَداهُ من النَّفْعِ فهو لِمَالِكِ العَيْنِ . وإن عَيَّنَ المُعِيرُ قَدْرَ الدَّيْنِ الذى يَرْهَنُه به وجِنْسَه ، أو مَحلًّا ، تَعَيَّنَ ؛ لأَنَّ العارِيَّةَ تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ ، فإن خَالَفَه فى الجِنْسِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لم يَأْذَنْ له فيه ، أشْبَهَ ما لو لم يَأْذَنْ فى رَهْنِه . وكذلك إذا أَذِنَ له فى مَحلٍّ ، فخَالَفَهُ فيه ؛ لأنَّه إذا أَذِنَ له فى رَهْنِه بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ ، فرَهَنَهُ بِحَالٍّ ، فقد لا يَجِدُ ما يَفُكُّه به فى الحال ، وإن أَذِنَ فى رَهْنِه بحَالٍّ ، فرَهَنَهُ بمُؤَجَّلٍ ، فلم يَرْضَ أن يُحَالَ بينه وبين عَبْدِه إلى أجَلٍ ، لم يَصِحَّ . وإن رَهَنَهُ بأَكْثَرَ ممَّا قَدَّرَه له ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ مَن رَضِىَ بِقَدْرٍ من الدَّيْنِ لم[٣٣] يَلْزَمْ أن يَرْضَى بأَكْثَرَ منه . وإن رَهَنَهُ بأَنْقصَ منه ، جَازَ ؛ لأَنَّ مَن رَضِىَ بعَشَرَةٍ ، رَضِىَ بما دُونَها عُرْفًا ، فأَشْبَهَ من أُمِرَ بشِرَاءِ شىءٍ بِثَمَنٍ ، فاشْتَرَاهُ بدُونِه . ولِلْمُعِيرِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بفَكَاكِ الرَّهْنِ فى الحالِ ، سواءٌ كان بِدَيْنٍ حَالٍّ أو مُؤَجَّلٍ ؛ لأَنَّ لِلْمُعِيرِ الرُّجُوعَ فى العَارِيَّةِ متى شَاءَ . وإن حَلَّ الدَّيْنُ ، فلم يَفُكَّه الرَّاهِنُ ، جَازَ بَيْعُه فى الدَّيْنِ ؛ لأَنَّ ذلك مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، فإذا بِيعَ فى الدَّيْنِ ، أو تَلِفَ ، رَجَعَ السَّيِّدُ على الرّاهِنِ بقِيمَتِه ؛ لأَنَّ العارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَتِها . وإن تَلِفَ بغير تَفْرِيطٍ ، فلا شىءَ على المُرْتَهِنِ ؛ لأَنَّ الرَّهْنَ لا يُضْمَنُ من غيرِ تَعَدٍّ . وإن اسْتَعارَ عَبْدًا من رَجُلَيْنِ ، فرَهَنَهُ بمائةٍ ، ثم قَضَى خَمْسِينَ ، على أن تَخْرُجَ حِصَّةُ أحدِهما ، لم تَخْرُجْ ؛ لأنَّه رَهَنَهُ بجَمِيعِ الدَّيْنِ فى صَفْقَةٍ ، فلا يَنْفَكُّ بعضُه بِقَضَاءِ بعضِ الدَّيْنِ ، كما لو كان العَبْدُ لِوَاحِدٍ .

فصل : وتجوزُ العارِيَّةُ مُطْلَقَةً ومُؤَقَّتَةً ؛ لأنَّها إبَاحَةٌ ، فأَشْبَهَتْ إبَاحَةَ الطَّعَامِ .

---

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) فى الأصل : « لا » .

ولِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ فى العارِيَّةِ أىَّ وَقْتٍ شَاءَ ، سواءٌ كانت مُطْلَقَةً أو مُؤَقَّتَةً ، ما لم يَأْذَنْ فى شَغْلِه بشيءٍ يَتَضَرَّرُ بالرُّجُوعِ فيه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وقال مالِكٌ : إن كانت مُؤَقَّتةً ، فليس له الرُّجُوعُ قبلَ الوَقْتِ ، وإن لم تُؤَقَّتْ له مُدَّة ، لَزِمَهُ تَرْكُه مُدَّةً يُنْتَفَعُ بها فى مِثْلِها ؛ لأنَّ المُعِيرَ قد مَلَّكَهُ المَنْفَعَةَ فى[34] مُدَّةٍ ، وصَارَتِ العَيْنُ فى يَدِه بعَقْدٍ مُبَاحٍ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها بغير اخْتِيَارِ المالِكِ ، كالعَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِه والمُسْتَأْجَرِ . ولَنا ، أنَّ المَنَافِعَ المُسْتَقْبَلَةَ لم تَحْصُلْ فى يَدِه ، فلم يَمْلِكْها بالإِعَارَةِ ، كما لو لم تَحْصُلِ العَيْنُ فى يَدِه ، وأمَّا العَبْدُ المُوصَى بخِدْمَتِه ، فَلِلْمُوصِى الرُّجُوعُ ، ولم يَمْلِك الوَرَثَةُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ التَّبَرُّعَ من غَيرِهم . وأمَّا المُسْتَأْجَرُ ، فإنه مَمْلُوكٌ بعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فيَلْزَمُ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . ويجوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ متى شَاءَ . بغير خِلَافٍ / ٢٠٧/٤و نَعْلَمُه ؛ لأنَّه إبَاحَةٌ ، فكانَ لِمَنْ أُبِيحَ له تَرْكُه ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ .

فصل : وإذا أُطْلَقَ المُدَّةَ فى العارِيَّةِ ، فله أن يَنْتَفِعَ بها ما لم يَرْجِعْ . وإنْ وَقَّتَها ، فله أن يَنْتَفِعَ ما لم يَرْجِعْ ، أو يَنْقَضِىَ الوَقْتُ ؛ لأنَّه اسْتَبَاحَ ذلك بالإِذْنِ ، ففيما عَدَا مَحلِّ الإِذْنِ يَبْقَى على أَصْلِ التَّحْرِيمِ . فإن كان المُعَارُ أَرْضًا ، لم يكُنْ له أن يَغْرِسَ ، ولا يَبْنِىَ ، ولا يَزْرَعَ بعدَ الوَقْتِ أو الرُّجُوعِ ، فإن فَعَلَ شيئا من ذلك ، لَزِمَهُ قَلْعُ غَرْسِه وبِنَائِه ، وحُكْمُه حُكْمُ الغاصِبِ فى ذلك ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[35] . وعليه أَجْرُ ما اسْتَوْفَاهُ من نَفْعِ الأَرْضِ على وَجْهِ العُدْوَانِ ، ويَلْزَمُه القَلْعُ ، وتَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ونَقْصُ الأَرْضِ ، وسائِرُ أَحْكَامِ الغَصْبِ ؛ لأنَّه عُدْوانٌ .

فصل : فإن أَعَارَهُ شيئا يَنْتَفِعُ[36] به انْتِفَاعًا يَلْزَمُ من الرُّجُوعِ فى العَارِيَّةِ فى أَثْنَائِه ضَرَرٌ بالمُسْتَعِيرِ ، لم يَجُزْ له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ يَضُرُّ بِالمُسْتَعِيرِ ، فلم يَجُزْ له الإِضْرَارُ

---

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

(٣٦) فى ا ، ب ، م : « لينتفع » .

به ، مثل أن يُعيره لَوْحًا يَرْقَعُ به سَفِينَتَهُ ، فَرَقَعها به ، ولَجَّجَ بها فى البَحْرِ ، لم يَجُزِ الرُّجُوعُ ما دَامَتْ فى البَحْرِ ، وله الرُّجُوعُ قبلَ دُخُولِها فى البَحْرِ ، وبعدَ الخُرُوجِ منه ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فيه . وإن أعَارَهُ أرْضًا لِيَدْفِنَ فيها ، فله الرُّجُوعُ ما لم يَدْفِنْ فيها . فإذا دَفَنَ لم يكُنْ له الرُّجُوعُ ، ما لم يَبْلَ المَيِّتُ . وإن أعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عليه أطْرَافَ خَشَبِه ، جَازَ ، كما تجوزُ إعَارَةُ الأرْضِ لِلْبِنَاءِ والغِرَاسِ ، وله الرُّجُوعُ ما لم يَضَعْهُ ، وبعدَ وَضْعِه ما لم يَبْنِ عليه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه ، فإن بَنَى عليه ، لم يَجُزِ الرُّجُوعُ ؛ لما فى ذلك من هَدْمِ البِنَاءِ . وإن قال : أنا أَدْفَعُ إليك أرْشَ ما نَقَصَ بالقَلْعِ . لم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ ذلك ؛ لأنَّه إذا قَلَعَهُ انْقَلَعَ ما فى مِلْكِ المُسْتَعِيرِ منه[37] . ولا يَجِبُ على المُسْتَعِيرِ قَلْعُ شَىْءٍ من مِلْكِه بِضَمَانِ القِيمَةِ . وإن انْهَدَمَ الحائِطُ وزَالَ الخَشَبُ عنه ، أو أزَالَهُ المُسْتَعِيرُ بِاخْتِيَارِه ، لم يَمْلِكْ إعَادَتَهُ ، سواءٌ بَنَى الحائِطَ بآلَتِه أو بغيرِها ؛ لأنَّ العارِيَّةَ لا تَلْزَمُ ، وإنَّما امْتَنَعَ الرُّجُوعُ قبلَ انْهِدَامِه ؛ لما فيه من الضَّرَرِ بالمُسْتَعِيرِ ، بإزَالَةِ المَأْذُونِ فى وَضْعِه ، وقد زَالَ ذلك . وكذلك إذا سَقَطَ الخَشَبُ والحائِطُ بحَالِه . وإن أعَارَهُ أرْضًا لِزِرَاعَةِ شىءٍ ، فله الرُّجُوعُ ما لم يَزْرَعْ ، فإذا زَرَعَ لم يَمْلِكِ[38] الرُّجُوعَ فيها إلى أن يَنْتَهِىَ الزَّرْعُ . فإن بَذَلَ له قِيمَةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَه ، لم يكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ له وَقْتًا يَنْتَهِى إليه . فإن كان مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلًا[39] ، فله الرُّجُوعُ فى وَقْتِ إمْكَانِ حَصَادِه ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فيه ، وإن لم يكُنْ كذلك ، لم يكُنْ له الرُّجُوعُ حتى يَنْتَهِىَ . وإن أَذِنَ له فى البِنَاءِ والغِرَاسِ فيها ، فله الرُّجُوعُ قبلَ قَلْعِه . فإذا غَرَسَ وبَنَى ، فلِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ فيما بين الغِرَاسِ والبِنَاءِ ؛ ولأنَّه لم يَتَعَلَّقْ به مِلْكُ المُسْتَعِيرِ ، ولا ضَرَرَ عليه فى الرُّجُوعِ فيه[40] ، فأشْبَهَ ما لو لم يَبْنِ فى الأرْضِ شيئا ، ولم يَغْرِسْ فيها . ثم إن اخْتَارَ المُسْتَعِيرُ أخْذَ بِنَائِه وغِرَاسِه ، فله

---

(37) فى الأصل : « من ذلك » .

(38) فى ب : « يكن له » .

(39) أى مرة بعد أخرى .

(40) سقط من : ب . وفى الأصل ، م : « منه » .

ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه فمَلَكَ نَقْلَه . [41]ولا يَلْزَمُه[41] تَسْوِيَةُ الحَفْرِ . ذَكَرَهُ القَاضِى ؛ لأنَّ المُعِيرَ[42] رَضِىَ بذلك حيث أعَارَه ، مع عِلْمِه بأنَّ له قَلْعَ غَرْسِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ عليه تَسْوِيَةَ الحَفْرِ ؛ لأنَّ القَلْعَ باخْتِيَارِه ، فإنَّه[43] لو امْتَنَعَ منه لم يُجْبَرْ عليه ، فلَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الأرْضِ[44] ، كما لو خَرَّبَ أرْضَه التى لم / يَسْتَعِرْهَا . وإن أَبَى القَلْعَ ، فبَذَلَ له المُعِيرُ ما يَنْقُصُ بالقَلْعِ ، أو قِيمَةَ غِرَاسِه وبِنَائِه قَائِمًا ، لِيَأْخُذَه المُعِيرُ ، أُجْبِرَ المُسْتَعِيرُ عليه ؛ لأنَّه رُجُوعٌ فى العارِيَّةِ من غيرِ إضْرَارٍ . وإن قال المُسْتَعِيرُ : أنا أدْفَعُ قِيمَةَ الأرْضِ لِتَصِيرَ لى . لم يكُنْ له ؛ لأنَّ الغِرَاسَ تابِعٌ ، والأرْضَ أصْلٌ ، ولذلك يَتْبَعُها الغِرَاسُ والبِنَاءُ فى البَيْعِ ، ولا تَتْبَعُهُما ، وبهذا كلِّه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفَةَ ، ومالِكٌ : يُطَالِبُ المُسْتَعِيرَ بالقَلْعِ من غيرِ ضَمَانٍ ، إلَّا أن يكونَ أعَارَهُ مُدَّةً مَعْلُومةً ، فرَجَعَ[45] فيها قبل انْقِضَائِها ؛ لأنَّ المُعِيرَ لم يَغُرَّهُ ، فكان عليه القَلْعُ ، كما لو شَرَطَ عليه . ولَنا ، أنَّه بَنَى وغَرَسَ بإذْنِ المُعِيرِ ، من غيرِ شَرْطِ القَلْعِ ، فلم يَلْزَمْهُ القَلْعُ من غيرِ ضَمَانٍ ، كما لو طَالَبَهُ قبلَ انْقِضَاءِ الوَقْتِ . وقولُهم : لم يَغُرَّهُ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الغِرَاسَ والبِنَاءَ يُرَادُ للتَّبْقِيَةِ ، وتَقْدِيرُ المُدَّةِ يَنْصَرِفُ إلى ابْتِدَائِه ، كأنَّه قال له[46] : لا تَغْرِسْ بعدَ هذه المُدَّةِ . فإن امْتَنَعَ المُعِيرُ من دَفْعِ القِيمَةِ وأرْشِ النَّقْصِ ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ[47] من القَلْعِ ودَفْعِ الأجْرِ[48] ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ الإعَارَةَ تَقْتَضِى الانْتِفَاعَ من غيرِ ضَمَانٍ ، والإذْنُ فيما يَبْقَى على الدَّوَامِ وتَضُرُّ إزَالَتُه رِضًى بالإبْقَاءِ ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أن العِرْقَ الذى ليس بظَالِمٍ له حَقٌّ ، فعندَ ذلك ، إن اتَّفَقَا على البَيْعِ ،

٢٠٧/٤ ظ

(٤١-٤١) فى م : « ويلزمه » .
(٤٢) فى الأصل ، م : « المستعير » .
(٤٣) فى ا : « لأنه » .
(٤٤) فى م : « الحفر » .
(٤٥) فى الأصل ، ا ، ب : « فيرجع » .
(٤٦) سقط من : ا .
(٤٧) فى الأصل : « المفلس » . وسقطت الكلمة من : م .
(٤٨) فى م : « الأجرة » .

بِيعَتِ الأَرْضُ بِغِرَاسِها ، ودُفِعَ إلى كلِّ واحدٍ منهما قَدْرُ حَقِّه ، فيُقال : كم قِيمَةُ الأَرْضِ غيرَ مَغْرُوسَةٍ ولا مَبْنِيَّةٍ ؟ فإذا قِيلَ عَشَرَة . قُلْنا : وكم تُسَاوِى مَغْرُوسَةً ومَبْنِيَّةً ؟ فإن قالوا : خَمْسَةَ عَشَرَ . قُلْنا : فَلِلْمُعِيرِ ثُلُثَا الثَّمَنِ ، ولِلْمُسْتَعِيرِ ثُلُثُه . وإن امْتَنَعَا من[49] البَيْعِ ، بَقِيَا على حَالِهما ، ولِلْمُعِيرِ دُخُولُ أَرْضِه كيفَ شَاءَ ، والانْتِفَاعُ بها بما لا يَضُرُّ الغِرَاسَ والبِنَاءَ ، ولا يَنْتَفِعُ بهما ، وليس لِصَاحِبِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ الدُّخُولُ إلَّا لِحَاجَةٍ ، مثل السَّقْيِ وإصْلَاحِ الثَّمَرَةِ ؛ لأَنَّ الإِذْنَ فى الغِرَاسِ إِذْنٌ فيما يَعُودُ بِصَلَاحِه ، وأَخْذِ ثِمَارِه ، وسَقْيِه . وليس له دُخُولُها لِلتَّفَرُّجِ ؛ لأَنَّه قد رَجَعَ فى الإِذْنِ له . ولكلِّ واحدٍ منهما بَيْعُ ما يَخْتَصُّ به من المِلْكِ مُنْفَرِدًا ، فيكونُ لِلْمُشْتَرِى مثلُ ما كان لِبَائِعِه . وقال بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ : ليس لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُ الشَّجَرِ ؛ لأَنَّ مِلْكَه فيه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِلْمُعِيرِ أَخْذَهُ متى شاءَ بِقِيمَتِه . قُلْنا : عَدَمُ اسْتِقْرَارِه لا يَمْنَعُ بَيْعَهُ ، بِدَلِيلِ الشِّقْصِ المَشْفُوعِ والصَّدَاقِ قبل الدُّخُولِ . وفى جَمِيعِ هذه المَسَائِلِ ، متى كان المُعِيرُ شَرَطَ على المُسْتَعِيرِ القَلْعَ عند رُجُوعِه ، ورَدَّ العَارِيَّةِ غيرَ مَشْغُولَة ، لَزِمَهُ ذلك ؛ لأَنَّ المسلمين على شُرُوطِهم ، ولأَنَّ العَارِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ غيرُ مُطْلَقَةٍ ، فلم تَتَنَاوَلْ ما عدا المُقَيَّدِ ؛ لأَنَّ المُسْتَعِيرَ دَخَلَ فى العَارِيَّةِ رَاضِيًا بالْتِزَامِ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عليه بالقَلْعِ ، وليس على صَاحِبِ الأَرْضِ ضَمَانُ نَقْصِه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وأَمَّا تَسْوِيَةُ الحُفَرِ الحاصِلَةِ بالقَلْعِ[50] فإذا كانتْ مَشْرُوطةً عليه ، لَزِمَه ؛ لما ذَكَرْنا ، وإلَّا لم يَلْزَمْ ؛ لأَنَّه رَضِيَ بضَرَرِ القَلْعِ[50] من الحَفْرِ ونحوِه ، حيثُ اشْتَرَط القَلْعَ . ولم يَذْكُرْ أَصْحابُنا على المُسْتَعِيرِ أَجْرًا فى شىءٍ من هذه المَسَائِلِ ، إلَّا فيما إذا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فزَرَعَها ، ثم رَجَعَ المُعِيرُ فيها قبلَ كَمَالِ الزَّرْعِ ، فإنَّ عليه أَجْرَ مِثْلِه ، من / حينَ رَجَعَ المُعِيرُ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ جَوَازُ الرُّجُوعِ ، وإنَّما مُنِعَ من القَلْعِ لما فيه من الضَّرَرِ ، ففى دَفْعِ الأَجْرِ جَمْعٌ بينَ الحَقَّيْنِ ، فيُخَرَّجُ فى سائِرِ المسائِلِ مثلُ هذا ، لوُجُودِ هذا المَعْنَى فيه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ الأَجْرُ فى شىءٍ

٢٠٨/٤ و

---

(٤٩) فى ب ، م : « عن » .

(٥٠ - ٥٠) سقط من : م .

من المَوَاضِعِ ؛ لأنَّ حُكْمَ العارِيَّةِ باقٍ فيه ، لكَوْنِها صارَتْ لَازِمَةً لِلضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِفَسْخِها ، والإعَارَةُ تَقْتَضِى الانْتِفَاعَ بغيرِ عِوَضٍ .

فصل : وإذا اسْتَعارَ دَابَّةً لِيَرْكَبَها ، جَازَ ؛ لأنَّ إجارَتَها لذلك جَائِزَةٌ ، والإعَارَةُ أَوْسَعُ ، لِجَوازِها فيما لا تجوزُ إجارَتُه ، مثل إعَارَةِ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ . فإن اسْتَعارَهَا إلى مَوْضِعٍ ، فجاوَزَهُ[51] ، فقد تَعَدَّى ، وعليه الأُجْرَةُ لِلزِّيَادَةِ خاصَّةً . فإذا اسْتَعارَها إلى طَبَرِيَّة ، فتَجاوَزَ إلى القُدْسِ ، فعليه أَجْرُ ما بين طَبَرِيَّة والقُدْس خاصَّة . وإن اخْتَلَفَا ، فقال المالِكُ : أعَرْتُكَها إلى طَبَرِيَّةَ . وقال المُسْتَعِيرُ : أَعَرْتَنِيهَا إلى القُدْسِ . فالقولُ قولُ المالِكِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال مالِكٌ : إن كان يُشْبِهُ ما قال المُسْتَعِيرُ ، فالقولُ قولُه ، وعليه الضَّمَانُ . ولَنا ، أنَّ المالِكَ مُدَّعًى عليه ، فكانَ القولُ قولَه ، لقولِ النبيِّ ﷺ : « لٰكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[52] .

فصل : ومن اسْتَعَارَ شيئا ، فانْتَفَعَ به ، ثم ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَلِمَالِكِه أَجْرُ مِثْلِه ، يُطَالِبُ به مَنْ شَاءَ منهما ، فإن ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ ، رَجَعَ على المُعِيرِ بما غَرِمَ ؛ لأنَّه غَرَّهُ بذلك وغَرَّمَهُ ، (53لأنَّه دَخَلَ على أن لا أجْرَ عليه53) . وإن رَجَعَ على المُعِيرِ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، فإنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عليه . قال أحمدُ ، فى قَصَّارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إلى غير صَاحِبه ، فلَبِسَه ، فالضَّمَانُ على القَصَّارِ دُونَ اللَّابِسِ . وإن تَلِفَ فالقِيمَةُ تَسْتَقِرُّ على المُسْتَعِيرِ ؛ لأنَّه دَخَلَ على العَيْنِ مَضْمُونةً عليه . فإن ضَمِنَ المُعِيرُ ، رَجَعَ على المُسْتَعِيرِ ، وإن ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عليه . وإن نَقَصَتِ العَيْنُ بالاسْتِعْمالِ ، انْبَنَى على ضَمَانِ النَّقْصِ ، فإن قُلْنا : هو على المُسْتَعِيرِ . فَحُكْمُه حُكْمُ

---

(51) فى الأصل ، ا : « فتجاوزه » .

(52) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(53–53) سقط من : الأصل . وفى ب ، م : « لا أجر له » .

القِيمَةِ . وإن قُلْنا : هو على المُعِيرِ . فهو كالأَجْرِ . على ما بَيَّنَّاهُ .

فصل : وإذا حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرَ رَجُلٍ من أَرْضِه إلى أَرْضِ غيرِه ، فنَبَتَ فيها ، لم يُجْبَرْ على قَلْعِه . وقال أصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : يُجْبَرُ على ذلك ، إذا طَالَبَهُ رَبُّ الأَرْضِ به ؛ لأَنَّ مِلْكَهُ حَصَلَ فى مِلْكِ غيره بغيرِ إِذْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو انْتَشَرَتْ أغْصَانُ شَجَرَتِه فى هَوَاءِ مِلْكِ جَارِه . ولَنا ، أَنَّ قَلْعَهُ إِتْلَافٌ لِلمَالِ على مالِكِه[54] ، ولم يُوجَدْ منه تَفْرِيطٌ ، ولا يَدُومُ ضَرَرُه ، فلا يُجْبَرُ على ذلك ، كما لو حَصَلَتْ دَابَّتُه فى دارِ غيرِه على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ خُرُوجُها إِلَّا بِقَلْعِ البابِ أو قَتْلِها ، فإِنَّنا لا نُجْبِرُه على قَتْلِها . ويُفارِقُ أغْصَانَ الشَّجَرَةِ ، فإِنَّه يَدُومُ ضَرَرُه ، ولا يُعْرَفُ قَدْرُ ما يَشْغَلُ من الهَوَاءِ فيُؤَدِّى أُجْرَهُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإِنَّه يُقَرُّ فى الأَرْضِ إلى حِينِ حَصَادِه بأَجْرِ مِثْلِه . وقال القاضى : ليس عليه أَجْرٌ ؛ لأَنَّه حَصَلَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ تَفْرِيطِه ، فأَشْبَهَ ما لو باتَتْ دَابَّتُه فى أَرْضِ إِنْسَانٍ بغيرِ تَفْرِيطِه . وهذا بَعِيدٌ ؛ لأَنَّ إِلْزَامَهُ تَبْقِيَةَ زَرْعِ ما أُذِنَ فيه ، (55 فى أَرْضِه 55) ، بغيرِ أَجْرٍ ولا انْتِفَاعٍ ، إِضْرَارٌ به ، وشَغْلٌ لِمِلْكِه بغيرِ اخْتِيَارِه ، من غيرِ عِوَضٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَرَادَ إِبْقَاءَ بَهِيمَتِه فى دارِ غيرِه عَامًا . ويُفَارِقُ مَبِيتَها ؛ لأَنَّ ذلك لا يُجْبَرَ المالِكُ عليه ، ولا يُمْنَعُ من إِخْرَاجِهَا ، فإذا تَرَكَها اخْتِيارًا منه ، كان رَاضِيًا به ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . ويكونُ الزَّرْعُ لِمَالِكِ البَذْرِ ؛ لأَنَّه من عَيْنِ مَالِه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ حُكْمُ هذا الزَّرْعِ / حُكْمَ زَرْعِ الغاصِبِ ، على ما سَنَذْكُرُه ؛ لأَنَّه حَصَلَ فى أَرْضِه بغير إِذْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو زَرَعَهُ مَالِكُه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأَنَّ هذا بغير عُدْوَانٍ ، وقد أَمْكَنَ جَبْرُ حَقِّ مالِكِ الأَرْضِ ، بِدَفْعِ الأَجْرِ إليه . وإن أَحَبَّ مالِكُه قَلْعَه ، فله ذلك ، وعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وما نَقَصَتِ الأَرْضُ ؛ لأَنَّه أَدْخَلَ النَّقْصَ على مِلْكِ غيرِه ، لِاسْتِصْلَاحِ مِلْكِه ، فأَشْبَه المُسْتَعِيرَ . وأَمَّا إن كان السَّيْلُ حَمَلَ نَوًى ، فنَبَتَ شَجَرًا فى أَرْضِ غيرِه ، كالزَّيْتُونِ والنَّخِيلِ ونحوِه ، فهو لِمَالِكِ النَّوَى ؛ لأَنَّه من نَمَاءِ مِلْكِه ، فهو كالزَّرْعِ ، ويُجْبَرُ على قَلْعِه هٰهُنا ؛ لأَنَّ

٤/٢٠٨ ظ

(٥٤) فى م : « ملكه » .

(٥٥ – ٥٥) سقط من : ب .

ضَرَرَه يَدُومُ ، فأُجْبِرَ على إزالَتِه ، كأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ المُنْتَشِرَةِ فى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِ مَالِكِهَا . وإن حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فنَبَتَتْ فى أَرْضٍ آخَرَ كما كانت ، فهى لِمَالِكِها ، يُجْبَرُ على إزَالَتِها ، كما ذَكَرْنا . وفى كلِّ ذلك ، إذا تَرَكَ صاحِبُ الأَرْضِ المُنْتَقِلَةِ [(٥٦] أو الشَّجَرِ [٥٦)] أو الزَّرْعِ ذلك لِصَاحِبِ الأَرْضِ التى انْتَقَلَ إليها ، لم يَلْزَمْهُ نَقْلُه ولا أَجْرٌ ، ولا غيرُ ذلك ؛ لأنَّه حَصَلَ بغيرِ تَفْرِيطِه ولا عُدْوَانِه ، وكانت الخِيَرَةُ إلى صَاحِبِ الأَرْضِ المَشْغُولَةِ به ، إن شاءَ أَخَذَهُ لِنَفْسِه ، وإن شاءَ قَلَعَهُ .

فصل : وإذا اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّابَّةِ ورَاكِبُها ، فقال الرَّاكِبُ : هى عارِيَّةٌ . وقال المالِكُ : بل اكْتَرَيْتَها[(٥٧)] . فإن كانت الدَّابَّةُ باقِيَةً [(٥٨] لم تَنْقُصْ [٥٨)] ، لم يَخْلُ مِن أن يكونَ الاخْتِلَافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، أو بعد مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فإن كان عَقِيبَ العَقْدِ ، فالقولُ قولُ الرَّاكِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الإجارَةِ ، وبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ منها ، فيَحْلِفُ ، ويَرُدُّ الدَّابَّةَ إلى مَالِكِها ؛ لأنَّها عارِيَّةٌ . وكذلك إن ادَّعَى المالِكُ أنَّها عارِيَّةٌ . وقال الرَّاكِبُ : بل اكْتَرَيْتُها ، فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينه ؛ لما ذَكَرْنَا . وإن كان الاخْتِلَافُ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فادَّعَى المالِكُ الإِجارَةَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وحُكِىَ ذلك عن مالِكٍ . وقال أَصْحَابُ الرَّأْىِ : القولُ قولُ الرَّاكِبِ . وهو مَنْصُوصُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على تَلَفِ المَنَافِعِ على مِلْكِ الرَّاكِبِ ، وادَّعَى المالِكُ عِوَضًا لها ، والأَصْلُ عَدَمُ وُجُوبِه . وبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ منه ، فكان القولُ قولَه . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى كَيْفِيَّةِ انْتِقَالِ المَنَافِعِ إلى مِلْكِ الرَّاكِبِ ، فكان القولُ قولَ المالِكِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى عَيْنٍ ، فقال المالِكُ : بِعْتُكَها . وقال الآخَرُ : وَهَبْتَنِيهَا . ولأنَّ المنافِعَ تَجْرِى مَجْرَى الأَعْيانِ ، فى المِلْكِ والعَقْدِ عليها ، ولو اخْتَلَفَا فى الأَعْيَانِ ، كان القولُ قولَ المالِكِ ، كذا هٰهُنا . وما

(٥٦ – ٥٦) سقط من : ا .

(٥٧) فى الأصل : « أكرتها » .

(٥٨ – ٥٨) سقط من : ا ، ب ، م .

ذَكَرُوه يَبْطُلُ بهذه المَسْأَلَةِ . ولأنَّهما اتَّفقَا على أنَّ المَنَافِعَ لا تَنْتَقِلُ إلى الرّاكِبِ إلَّا بنَقْلِ المالِكِ لها ، فيكونُ القولُ قولَه فى كَيْفِيَّةِ الانْتِقَالِ ، كالأَعْيانِ ، فيَحْلِفُ المالِكُ ، ويَسْتَحِقُّ الأَجْرَ . وفى قَدْرِهِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما : أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّهما لو اتَّفقَا على وُجُوبه ، واخْتَلَفَا فى قَدْرِهِ ، وَجَبَ أَجْرُ المِثْلِ ، فمع الاخْتِلَافِ فى أصْلِه أَوْلَى . والثانى : المُسَمَّى ؛ لأنَّه وَجَبَ بِقَوْلِ المالِكِ ويَمِينِه ، فوَجَبَ ما حَلَفَ عليه ، كالأَصْلِ . وإن كان اخْتِلَافُهما فى أثْنَاء المُدَّةِ ، فالقولُ قولُ الرّاكِبِ فيما مَضَى منها[٥٩] ، والقولُ قولُ المُسْتَعِيرِ فيما بَقِىَ ؛ (٦٠لأَنَّ ما بَقِىَ ٦٠) بمَنْزِلَةِ ما لو اخْتَلَفَا عَقِيبَ العَقْدِ . وإن ادَّعَى المالِكُ فى[٦١] هذه الصُّورَةِ أنَّها عَارِيَّةٌ . وادَّعَى الرَّاكِبُ أنَّها بأَجْرٍ ، فالرّاكِبُ يَدَّعِى اسْتِحْقَاقَ المَنَافِعِ ، ويَعْتَرِفُ بالأَجْرِ لِلْمالِكِ ، والمالِكُ يُنْكِرُ ذلك كلَّه ، فالقولُ / قولُه مع يَمِينِه ، فيَحْلِفُ ، ويَأْخُذُ بَهِيمَتَه . وإن اخْتَلَفَا فى ذلك بعدَ تَلَفِ البَهِيمَةِ قبلَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ ، سواءٌ ادَّعَى الإِجَارَةَ أو الإِعَارَةَ ؛ لأنَّه إنِ ادَّعَى الإِجَارَةَ ، فهو مُعْتَرِفٌ لِلرَّاكِبِ ببَرَاءَةِ ذِمَّتِه مِن ضَمَانِها ، فيُقْبَلُ إقْرَارُه على نَفْسِه ، وإن ادَّعَى الإِعَارَةَ ، فهو يَدَّعِى قِيمَتَها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ القَبْضِ ، والأَصْلُ فيما يَقْبِضُه الإِنْسَانُ من مالِ غيرِه الضَّمَانُ ، لقولِ النبىِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . فإذا حَلَفَ المالِكُ ، اسْتَحَقَّ القِيمَةَ ، والقولُ فى قَدْرِهَا قولُ الرّاكِبِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يُنْكِرُ الزِّيادَةَ المُخْتَلَفَ فيها ، والأَصْلُ عَدَمُها . وإن اخْتَلَفَا فى ذلك بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أَجْرٌ ، وتَلَفِ البَهِيمَةِ ، وكان الأَجْرُ بِقَدْرِ قِيمَتِها ، أو كان ما يَدَّعِيه المالِكُ منهما أَقَلَّ ممَّا يَعْتَرِفُ به الرَّاكِبُ ، فالقولُ قولُ المالِكِ بغيرِ يَمِينٍ ، سواءٌ ادَّعَى الإِجَارَةَ أو الإِعَارَةَ ، إذ لا فائِدَةَ فى اليَمِينِ على شىءٍ يَعْتَرِفُ له به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَأْخُذَه إلَّا بِيَمِينٍ ؛ لأنَّه يَدَّعِى شيئًا لا يُصَدَّقُ فيه ، ويَعْتَرِفُ

٢٠٩/٤ و

---

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠ – ٦٠) سقط من : الأصل ، ب . نقلة نظر .

(٦١) سقط من : م .

له الرَّاكِبُ بما يَدَّعِيه ، فيَحْلِفُ على ما يَدَّعِيهِ . وإن كان ما يَدَّعِيه المالِكُ أكْثَرَ ، مثل إن كانت قِيمَةُ البَهِيمَةِ أكْثَرَ من أجْرِهَا ، فَادَّعَى المالِكُ أنَّها عَارِيَّةٌ ، لِتَجِبَ له القِيمَةُ ، وأنْكَرَ اسْتِحْقَاقَ الأُجْرَةِ ، وادَّعَى الرَّاكِبُ أنَّها مُكْتَرَاةٌ ، أو كان الكِرَاءُ أكْثَرَ من قِيمَتِها فادَّعَى المالِكُ أنَّه أجَرَها ، لِيَجِبَ له الكِرَاءُ ، وادَّعَى الرّاكِبُ أنَّها عارِيَّةٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ فى الصُّورَتَيْنِ ؛ لما قَدَّمْنَا ، فإذا حَلَفَ ، اسْتَحَقَّ ما حَلَفَ عليه . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ فى هذا كلِّه نحوُ ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإن قال المالِكُ : غَصَبْتَهَا . وقال الرّاكِبُ: بل أعَرْتَنِيهَا . فإن كان الاخْتِلَافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، والدَّابَّةُ قائِمَةٌ لم يَتْلَفْ منها شىءٌ ، فلا مَعْنَى للاخْتِلَافِ ، ويأْخُذُ المالِكُ بَهِيمَتَه ، وكذلك إن كانت الدّابَّةُ تَالِفَةً ؛ لأنَّ القِيمَةَ تَجِبُ على المُسْتَعِيرِ ، كَوُجُوبِها على الغاصِبِ . وإن كان الاخْتِلَافُ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها أجْرٌ ، فالاخْتِلَافُ فى وُجُوبِه ، والقولُ قولُ المالِكِ . وهذا ظاهِرُ قولِ الشّافِعِىِّ . ونَقَلَ المُزَنِىُّ عنه أنَّ القولَ قولُ الرَّاكِبِ ؛ لأنَّ المالِكَ يَدَّعِى عليه عِوَضًا ، الأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه منه ، ولأنَّ الظَّاهِرَ من اليَدِ أنَّها بِحَقٍّ ، فكان القولُ قولَ صاحِبِها . ولَنا ، ما قَدَّمْنَا فى الفَصْلِ الذى قبلَ هذا ، بل هذا أوْلَى ، لأنَّهما ثَمَّ اتَّفَقَا على أنَّ المَنَافِعَ مِلْكٌ لِلرَّاكِبِ ، وهٰهُنَا لم يَتَّفِقَا على ذلك ، فإنَّ المالِكَ يُنْكِرُ انْتِقَالَ المِلْكِ فيها إلى الرّاكِبِ ، والرَّاكِب يَدَّعِيهِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الانْتِقَالِ ، فيَحْلِفُ ، ويَسْتَحِقُّ الأَجْرَ . وإن قال المالِكُ : غَصَبْتَها[٦٢] . وقال الرّاكِبُ : أجَرْتَنِيهَا . فالاخْتِلَافُ هٰهُنا فى[٦٣] وُجُوبِ القِيمَةِ ؛ لأنَّ الأَجْرَ يَجِبُ فى المَوْضِعَيْنِ ، إلَّا أن يَخْتَلِفَ المُسَمَّى وأَجْرُ المِثْلِ ، والقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينه ، فإن كانت الدَّابَّةُ تَالِفَةً عَقِيبَ أخْذِها ، حَلَفَ وأخَذَ قِيمَتَها ، وإن

---

(٦٢) فى الأصل : « غصبتنيها » .

(٦٣) فى الأصل : « إلى » . وليس فى : ب ، م . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كانت قد بَقِيَتْ مُدَّةٌ لِمِثْلِها أُجْرٌ ، والمُسَمَّى بِقَدْرِ أجْرِ المِثْلِ ، أخَذَهُ المالِكُ ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا على اسْتِحْقَاقِه ، وكذلك إن كان أجْرُ المِثْلِ دُونَ المُسَمَّى . وفى اليَمِينِ وَجْهَانِ . وإن كان زَائِدًا على المُسَمَّى ، لم يَسْتَحِقّه إلَّا بِيَمِينٍ ، وَجْهًا واحِدًا .

/ كِتابُ الغَصْبِ

الغَصْبُ : هو الاسْتِيلَاءُ على مالِ غيرِه بِغَيْرِ حَقٍّ . وهو مُحَرَّمٌ بالكِتَابِ والسُّنَّةِ والإِجْمَاعِ . أَمَّا الكِتَابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[١] . وقولُه تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[٢] . وقولُه تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾[٣] . والسَّرِقَةُ نَوْعٌ مِن الغَصْبِ . وأَمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى جابِرٌ ، أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال في خُطْبَتِه يومَ النَّحْرِ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُم هٰذَا فِي شَهْرِكُمْ هٰذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هٰذَا » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وغيرُه[٤] . وعن سَعِيدِ بن زَيْدٍ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلْمًا ، طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥] . ورَوَى أبو حُرَّةَ الرَّقَاشِيُّ، عن عَمِّه وعَمْرِو بن يَثْرِبِيٍّ ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رَوَاهُ أبو إسحاقَ الجُوزَجَانِيُّ[٦] . وأَجْمَعَ المُسْلِمُونَ على تَحْرِيمِ الغَصْبِ في الجُمْلَةِ ، وإنَّما

---

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سورة المائدة ٣٨ .

(٤) تقدم تخريجه في : ٥ / ١٥٦ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض ، من كتاب المظالم . وفي : باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخاري ٣ / ١٧٠ ، ٤ / ١٣٠ . ومسلم ، في : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أخذ شبرًا من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨٧-١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٦ / ٦٠٦ .

اخْتَلَفُوا فى فُرُوعٍ مِنْه . إذا ثَبَتَ هذا ، فمَن غَصَبَ شيئا لَزِمَهُ رَدُّه ، ما كان بَاقِيًا ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه . لقولِ النبىِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »[7] . ولأنَّ حَقَّ المَغْصُوبِ منه مُتَعَلِّقٌ[8] بعَيْنِ مالِه ومَالِيَّتِه ، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِرَدِّه . فإن تَلِفَ فى يَدِه ، لَزِمَهُ بَدَلُه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[9] . ولأنَّه لمَّا تَعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، وَجَبَ رَدُّ ما يَقُومُ مَقَامَها فى المالِيَّةِ . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان ممَّا تَتَمَاثَلُ أَجْزَاؤُه ، وتَتَفَاوَتُ صِفَاتُه ، كالحُبُوبِ والأَدْهَانِ ، وَجَبَ مِثْلُه ، لأنَّ المِثْلَ أَقْرَبُ إليه من القِيمَةِ ، وهو [10] مُمَاثِلٌ له من طَرِيقِ الصُّورَةِ والمُشَاهَدَةِ والمَعْنَى ، والقِيمَةُ [10] مُمَاثِلَةٌ من طَرِيقِ الظَّنِّ والاجْتِهَادِ ، فكان ما طَرِيقُه المُشَاهَدَةُ مُقَدَّمًا ، كما يُقَدَّمُ النَّصُّ على القِيَاسِ ، لكَوْنِ النَّصِّ طَرِيقهُ الإِدْرَاكُ بالسَّمَاعِ ، والقِيَاسُ طَرِيقُه الظَّنُّ والاجْتِهَادُ . وإن كان غيرَ مُتَقَارِبِ الصِّفَاتِ ، وهو ما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه ، فى قول الجَمَاعَةِ . وحُكِىَ عن العَنْبَرِىِّ : يَجِبُ فى كلِّ شىءٍ مِثْلُه ؛ لما رَوَتْ جَسْرَةُ / بنتُ دَجاجَة ، عن عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أَنَّها قالتْ : ما رَأَيْتُ صَانِعًا مثلَ حَفْصَة ، صَنَعَتْ طَعَامًا ، فبَعَثَتْ به إلى النبىِّ ﷺ ، فأَخَذَنِى الأَفْكَلُ[11] فكَسَرْتُ الإِنَاءَ ، فقلتُ : يا رسولَ الله ، ما كَفَّارَةُ ما صَنَعْتُ ؟ فقال : « إِنَاءٌ مِثْلُ الْإِنَاءِ ، وطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[12] . وعن أَنَسٍ ، أَنَّ إحْدَى نِسَاءِ النَّبىِّ ﷺ كَسَرَتْ قَصْعَةَ الأُخْرَى ، فدَفَعَ النبىُّ ﷺ قَصْعَةَ الكاسِرَةِ إلى رسولِ صاحِبَةِ المَكْسُورَةِ ، وحَبَسَ المَكْسُورَةَ فى بَيْتِه . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ مُطَوَّلًا ، وروَاهُ

٢/٥و

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(٨) فى ب ، م : « معلق » .

(٩) سورة البقرة ١٩٤ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) الأفكل : الرعدة من بردٍ أو خوف ، والمراد هنا من الغيرة .

(١٢) فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٧ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

التِّرمِذِىُّ نحوَه[١٣] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ولأنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَعِيرًا ، وَرَدَّ مثلَه[١٤] . ولَنا ؛ ما رَوَى عبدُ الله بن عُمَرَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٥] . فأَمَرَ بالتَّقْوِيمِ فى حِصَّةِ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّها مُتْلَفَةٌ بالعِتْقِ ، ولم يَأْمُرْ بالمِثْلِ . ولأنَّ هذه الأشْياءَ لا تَتَساوَى أجْزاؤُها ، وتَتَبايَنُ صِفَاتُها ، فالقِيمَةُ فيها أعْدَلُ وأَقْرَبُ إليها ، فكانت أوْلَى . وأما الخَبَرُ فمَحْمُولٌ على أنَّه جَوَّزَ ذلك بالتَّراضِى ، وقد عَلِمَ أنَّها تَرْضَى بذلك .

فصل : وما تَتماثَلُ أجْزاؤُه ، وتَتَقَارَبُ صِفَاتُه ، كالدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ والحُبُوبِ والأدْهانِ ، ضُمِنَ بِمِثْلِه . بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : كلُّ مَطْعُومٍ ، من مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فمُجْمَعٌ على أنَّه يَجِبُ على مُسْتَهْلِكِه مِثْلُه لا قِيمَتُه . وأمَّا سائِرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه يُضْمَنُ بمِثْلِه أيضا ؛ فإنَّه قال : فى رِوايَةِ حَرْبٍ ،

---

(١٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٧ . والترمذى ، فى : باب فى من يكسر له الشىء ما يحكم له من مال الكاسر ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١١٣ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، من كتاب المظالم . صحيح البخارى ٣ / ١٧٩ .

(١٤) أخرجه مسلم ، فى : باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٤ ، ١٢٢٥ ، وأبو داود ، فى : باب فى حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٢٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استقراض البعير ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦ / ٥٦ - ٥٨ . والنسائى ، فى : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب السلم فى الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٦٧ . والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٥٤ . والإمام مالك ، فى : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٥) أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفى : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبا فى عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : أول كتاب العتق ، وفى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣ / ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق نصيبا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، وباب فى من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبى داود ٢ / ٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٩٢ - ٩٤ . والنسائى ، فى : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢ ، ١٥ ، ٤ / ٣٧ .

وإبراهيمَ بنَ هَانِيءٍ[16] : ما كان من الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ ، وما يُكَالُ ويُوزَنُ ، فعليه مِثْلُه دُونَ القِيمَةِ . فظَاهِرُ هذا وُجُوبُ المِثْلِ فى كلِّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ ، إلَّا أن يكونَ ممَّا فيه صِنَاعَةٌ ، كمَعْمُولِ الحَدِيدِ والنُّحَاسِ والرَّصَاصِ من الأَوَانِى والآلاتِ ونحوِها . والحَلْيِ من الذَّهَبِ والفِضَّةِ وشِبْهِه ، والمَنْسُوجِ من الحَرِيرِ والكَتَّانِ والقُطْنِ والصُّوفِ والشَّعْرِ ، والمَغْزُولِ من ذلك ، فإنَّه يُضْمَنُ بِقِيمَتِه ؛ لأنَّ الصِّنَاعَةَ تُؤَثِّرُ فى قِيمَتِه ، وهى مُخْتَلِفَةٌ ، فالقِيمَةُ فيه أَحْصَرُ ، فأَشْبَه غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ النُّقْرَةَ[17] والسَّبِيكَةَ من الأَثْمانِ ، والعِنَبَ والرُّطَبَ والكُمَّثْرَى إنَّما[18] يَضْمَنُه[19] بقِيمَتِه . وظاهِرُ / كلامِ أحمدَ يَدُلُّ على ما قُلْنا . وإنَّما خَرَجَ منه ما فيه الصِّنَاعَةُ ؛ لما ذَكَرْنا . ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ النّقْرَةَ بقِيمَتِها ، لِتَعَذُّرِ وُجُودِ مِثْلِها إلَّا بتَكْسِيرِ الدَّراهِم المَضْرُوبَةِ وسَبْكِها ، وفيه إتْلَافٌ . فعلَى هذا ، إن كان المَضْمُونُ بِقِيمَتِه من جِنْسِ الأَثْمانِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه من غَالِبِ نَقْدِ البَلَدِ ، فإن كانتْ من غيرِ جِنْسِه ، وَجَبَتْ بكلِّ حالٍ ، وإن كانتْ من جِنْسِه ، فكانت مَوْزُونَةً وَجَبَتْ[20] . وإن كانت أقَلَّ أو أكْثَرَ ، قُوِّمَ بغير جِنْسِه ، لئلَّا يُؤَدِّىَ إلى الرِّبَا . وقال القاضى : إن كانتْ فيه صِنَاعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فزَادَتْ قِيمَتُه من أَجْلِها ، جازَ تَقْوِيمُه بجِنْسِه ؛ لأنَّ ذلك قِيمَتُه ، والصِّنَاعَةُ لها قِيمَةٌ ، وكذلك لو كُسِرَ الحَلْيُ ، وَجَبَ أَرْشُ كَسْرِه ، ويُخَالِفُ البَيْعَ ، لأنَّ الصِّنَاعَةَ لا يُقَابِلُها العِوَضُ فى العُقُودِ ، ويُقَابِلُها فى الإِتْلَافِ ، أَلَا تَرَى أنَّها لا تَنْفَرِدُ بالعَقْدِ ، وتَنْفَرِدُ بِضَمَانِها بالإِتْلَافِ . قال بعضُ أصْحَابِ الشّافِعِيِّ : هذا مذهبُ الشّافِعِيِّ . وذكر بعضُهم مثلَ القولِ الأَوَّلِ ، وهو الذى ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ القِيمَةَ مَأْخُوذَةٌ على سَبِيلِ العِوَضِ ، فالزِّيَادَةُ فيه رِبًا ،

٢/٥ ظ

---

(16) أبو إسحاق إبراهيم بن هانئ النيسابورى ، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة ، وكان ورعا صالحا ، صبورا على الفقر ، توفى سنة خمس وستين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ٩٧ ، ٩٨ .

(17) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(18) سقط من : ا ، م .

(19) فى ب ، م : « يضمن » .

(20) فى م زيادة : « قيمته » .

كالبَيْعِ وكالنَّقْصِ . وقد قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن مَنْصُورٍ : إذا كَسَرَ الحَلْىَ ، يُصْلِحُه أَحَبُّ إلىَّ . قال القاضى : وهذا مَحْمُولٌ على أنَّهما تَرَاضَيا بذلك ، لا أنَّه على طَرِيقِ الوُجُوبِ . وهذا فيما إذا كانت الصِّنَاعَةُ مُبَاحَةً ، فإن كانت مُحَرَّمَةً كالأَوانِى وحَلْىِ الرِّجَالِ ، لم يَجُزْ ضَمَانُه بأَكْثَرَ من وَزْنِه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ الصِّنَاعَةَ لا قِيمَةَ لها شَرْعًا ، فهى كالمَعْدُومَةِ .

٨٦٢ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فغَرَسَها ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِه وأُجْرَتِهَا إلى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا ، ومِقْدَارِ نُقْصَانِهَا ، إنْ كَانَ نَقَصَهَا الغَرْسُ**) .

الكلَامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى فُصُولٍ : **أحدها** ، أنَّه يُتَصَوَّرُ غَصْبُ العَقَارِ من الأَرَاضِى والدُّورِ ، ويَجِبُ ضَمَانُها على غاصِبِهَا . هذا ظاهِرُ مذهبِ أحمدَ ، وهو المَنْصُوصُ عن أَصْحَابِه ، وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . ورَوَى ابنُ مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ فى مَن غَصَبَ أَرْضًا فزَرَعَها ، ثم أصابَها غَرَقٌ من الغاصِبِ ، غَرِمَ قِيمَةَ الأَرْضِ ، وإن كان شيئا من السَّمَاءِ ، لم يكُنْ عليه شىءٌ . وظَاهِرُ هذا أنَّها لا تُضْمَنُ بالغَصْبِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : لا يُتَصَوَّرُ غَصْبُها ، ولا تُضْمَنُ بالغَصْبِ ، / وإن أَتْلَفَها ، ضَمِنَها بالإتْلَافِ ؛ لأنَّه لا يُوجَدُ فيها النَّقْلُ والتَّحْوِيلُ[1] ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو حالَ بينه وبين مَتَاعِه ، فتَلِفَ المَتَاعُ ؛ لأنَّ الغَصْبَ إِثْبَاتُ اليَدِ على المالِ عُدْوانًا على وَجْهٍ تَزُولُ به يَدُ المالِكِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى العَقَارِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شِبْرٍ مِنَ ٱلْأَرْضِ ، طُوِّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَـةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِيـنَ » . [2]رَوَاهُ البُخَـارِىُّ[3] عن عائِشَةَ[2] . وفى لَفْظٍ : « مَنْ غَصَبَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ » . فأَخْبَرَ النبىُّ ﷺ أنَّه يُغْصَبُ ويُظْلَمُ فيه . ولأنَّ ما ضُمِنَ فى البَيْعِ ، وَجَبَ ضَمَانُه فى الغَصْبِ ، كالمَنْقُولِ ، ولأنَّه

٣/٥ و

(١) فى م : « والتحريم » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦٠ .

يُمْكِنُ الاسْتِيلَاءُ عليه على وَجْهٍ يَحُولُ بينه وبين مَالِكِه ، مثل أن يَسْكُنَ الدَّارَ ويَمْنَعَ مالِكَها من دُخُولِهَا ، فأَشْبَهَ مالو أخَذَ الدَّابّةَ والمَتَاعَ . وأمَّا إذا حال بينه وبين مَتَاعِه ، فما اسْتَوْلَى على مالِه ، فنَظِيرُه هٰهُنا أن يَحْبِسَ المالِكَ ، ولا يَسْتَوْلِى على دَارِه . وأمَّا ما تَلِفَ من الأرْضِ بِفِعْلِه ، أو سَبَبِ فِعْلِه ، كهَدْمِ حِيطَانِها ، وتَغْرِيقِها ، وكَشْطِ تُرَابِهَا ، وإلْقَاءِ الحِجَارَةِ فيها ، أو نَقْصٍ يَحْصُلُ بِغَرْسِه أو بِنَائِه ، فيَضْمَنُه بغيرِ اخْتِلَافٍ فى المَذْهَبِ ، ولا بين العُلَمَاءِ ؛ لأنَّ هذا إتْلَافٌ ، والعَقَارُ يُضْمَنُ بالإتْلافِ من غيرِ اخْتِلَافٍ . ولا يَحْصُلُ الغَصْبُ من غيرِ اسْتِيلَاءٍ ، فلو دَخَلَ أرْضَ إنْسانٍ أو دَارَه ، لم يَضْمَنْها بِدُخُولِه ، سواءٌ دَخَلَها بإذْنِه أو غيرِ إذْنِه ، وسواءٌ كان صَاحِبُها فيها أو لم يكُنْ . وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : إن دَخَلَها بغيرِ إذْنِه ، ولم يكُنْ صَاحِبُها فيها ، ضَمِنَها ، سواءٌ قَصَدَ ذلك ، أو ظَنَّ أنَّها دَارُه ، أو دَارٌ أذِنَ له فى دُخُولِها ؛ لأنَّ يَدَ الدَّاخِلِ ثَبَتَتْ عليها بذلك ، فيَصِيرُ غَاصِبًا ، فإنَّ الغَصْبَ إثْبَاتُ اليَدِ العَادِيَةِ ، وهذا قد ثَبَتَتْ يَدُه ، بِدَلِيلِ أنَّهما لو تَنَازَعَا فى الدّارِ ولا بَيِّنَةَ لهما ، حُكِمَ بها لمن هو فيها ، دُونَ الخَارِجِ منها . ولَنا ، أنَّه غيرُ مُسْتَوْلٍ عليها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو دَخَلَها بإذْنِه ، أو دَخَلَ صَحْرَاءَهُ ، ولأنَّه إنَّما يَضْمَنُ بالغَصْبِ ما يَضْمَنُه فى العَارِيَّةِ ، وهذا لا تَثْبُتُ به العَارِيَّةُ ، ولا يَجِبُ به الضَّمَانُ فيها ، فكذلك لا يَثْبُتُ به الغَصْبُ ، إذا كان بغيرِ إذْنٍ .

الفصل الثانى : أنّه إذا غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أو بَنَى فيها ، فطَلَبَ صاحِبُ الأرْضِ قَلْعَ غِرَاسِه أو بِنَائِه ، لَزِمَ الغاصِبَ ذلك . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لما رَوَى سَعِيدُ بن زَيْدِ بن عَمْرِو بن نُفَيْلٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ » رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[4] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى / أبو دَاوُدَ ، وأبو عُبَيْدٍ فى الحَدِيثِ أنَّه قال : فلقد أخْبَرَنِى الذى حَدَّثَنِى هذا الحَدِيثَ ، أنَّ رَجُلًا غَرَسَ فى أرْضِ رَجُلٍ من الأنْصارِ ، مِن بنى بَيَاضَةَ ، فاخْتَصَمَا إلى النبىِّ ﷺ ، فقضَى لِلرَّجُلِ بأرْضِه ، وقَضَى

٣/٥ ظ

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

لِلآخَرِ أن يَنْزِ عَ نَخْلَهُ . قال : فلقد رَأَيْتُها تُضْرَبُ فى أُصُولِهَا بالفُؤوسِ ، وإنَّها لَنَخْلٌ عُمٌّ[٥] . ولأنَّه شَغَلَ مِلْكَ غيرِه، بمِلْكِه الذى لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، بغيرِ إذْنِه، فلَزِمَهُ تَفْريغُه ، كما لو جَعَلَ فيه قُمَاشًا . وإذ قَلَعَها لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ورَدُّ الأَرْضِ إلى ما كانت عليه ؛ لأنَّه ضَرَرٌ حَصَلَ بِفِعْلِه فى مِلْكِ غيره ، فلَزِمَتْهُ إزالَتُه . وإن أرادَ صاحِبُ الأَرْضِ أَخْذَ الشَّجَرِ والبِنَاءِ بغير عِوَضٍ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِ الغاصِبِ ، فلم يَمْلِكْ صاحِبُ الأَرْضِ أَخْذَه ، كما لو وَضَعَ فيها أثاثًا أو حَيوانًا . وإن طَلَبَ أَخْذَه بقِيمَتِه ، وأَبَى مالِكُه إلَّا القَلْعَ ، فله القَلْعُ ؛ لأنَّه[٦] مِلْكُه ، فمَلَكَ نَقْلَهُ . ولا يُجْبَرُ على أَخْذِ القِيمَةِ ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ، فلم يُجْبَرْ عليها . وإن اتَّفَقَ على تَعْوِيضِه عنه بالقِيمَةِ أو غيرِها، جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فجَازَ ما اتَّفَقَا عليه . وإن وَهَبَ الغاصِبُ الغِرَاسَ والبِنَاءَ لِمَالِكِ الأَرْضِ ، لِيَتَخَلَّصَ من قَلْعِه ، وقَبِلَهُ المالِكُ ، جَازَ . وإن أَبَى قَبُولَه ، وكان فى قَلْعِه غَرَضٌ صَحِيحٌ [٧]لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لما تَقَدَّم ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ صحيحٌ[٧] احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ على قَبُولِه ؛ لأنَّ فيه رَفْعَ الخُصُومَةِ مِن غيرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّ فيه إجْبَارًا على عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرِّضَى فيه . وإن غَصَبَ أَرْضًا وغِرَاسًا من رَجُلٍ واحِدٍ، فغَرَسَهُ فيها[٨] فالكُلُّ لِمَالِكِ الأَرْضِ . فإن طَالَبَهُ المالِكُ بقَلْعِه، وفى قَلْعِه غَرَضٌ، أُجْبِرَ على قَلْعِه؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه غَرَضًا مَقْصُودًا بالأَرْضِ ، فأُخِذَ بإعَادَتِها إلى ما كانت ، وعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، ونَقْصُها ، ونَقْصُ الغِرَاسِ ؛ لما ذَكَرْنا . وإن لم يكُنْ فى قَلْعِه غَرَضٌ ، لم يُجْبَرْ على قَلْعِه ؛ لأنَّه سَفَهٌ ، فلا يُجْبَرُ على السَّفَهِ . وقيل : يُجْبَرُ ؛ لأنَّ المالِكَ مُحَكَّمٌ فى مِلْكِه ، والغاصِبُ غيرُ مُحَكَّمٍ ، فإن أرادَ الغاصِبُ قَلْعَه ، ومَنَعَهُ المالِكُ[٩] لم يَمْلِكْ

---

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة ، سنن أبى داود ٢ / ١٥٨ . وأبو عبيد فى غريب الحديث ١ / ٢٩٦ .

وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

(٦) فى الأصل : « فإنه » .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « فيه » .

(٩) فى م : « الحاكم » .

قَلْعه ؛ لأنَّ الجَمِيعَ مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فلم يَمْلِكْ غيرُه التَّصرُّفَ فيه بغيرِ إذْنِه .

فصل : والحُكْمُ فيما إذا بَنَى فى الأرْضِ ، كالحُكْمِ فيما إذا غَرَسَ فيها فى هذا التَّفْصِيلِ جَمِيعِه ، إلَّا أنَّه يَتخرَّجُ أنَّه إذا بَذَلَ مالِكُ الأرْضِ القِيمَةَ لِصاحِبِ البِناءِ أُجْبِرَ على قَبُولِها ، إذا لم يكُنْ فى النَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ النَّقْضَ سَفَهٌ . /والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لما رَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عائِشَةَ ، قالتْ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فِى رِبَاعِ قَوْمٍ بِإذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَةُ ، ومَنْ بَنَى بِغَيْرِ إذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ »[10] . ولأنَّ ذلك مُعاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها . وإذا كانت الآلَةُ من تُرابِ الأرْضِ وأحْجَارِهَا ، فليس لِلْغاصِبِ النَّقْضُ ، على ما ذَكَرْنا فى الغَرْسِ .

فصل : وإن غَصَبَ دَارًا ، فجَصَّصَها وزَوَّقَها وطَالَبَه رَبُّها بإزَالَتِه ، وفى إزَالَتِه غَرَضٌ ، لَزِمَهُ إزَالَتُه ، وأرْشُ نَقْصِها إن نَقَصَتْ ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ ، فوَهَبَهُ الغاصِبُ لِمَالِكِها ، أُجْبِرَ على قَبُولِه ؛ لأنَّ ذلك صِفَةٌ فى الدَّارِ ، فأشْبَهَ قِصَارَةَ الثَّوْبِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّها أعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فصارتْ بِمَنْزِلَةِ القُماشِ . وإن طَلَبَ الغاصِبُ قَلْعَه ، ومَنَعَهُ المالِكُ ، وكان له قِيمَةٌ بعدَ الكَشْطِ ، فلِلْغاصِبِ قَلْعُه ، كما يَمْلِكُ قَلْعَ غِرَاسِه ، سواءٌ بَذَلَ له المالِكُ قِيمَتَهُ ، أو لم يَبْذلْ . وإن لم يكُنْ له قِيمَةٌ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَمْلِكُ قَلْعَه ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه . والثانى ، لا يَمْلِكُ ؛ لأنَّه سَفَهٌ يَضُرُّ ولا يَنْفَعُ ، فلم يُجْبَرْ عليه[11] .

فصل : وإن غَصَبَ أرْضًا ، فكَشَطَ تُرَابَها ، لَزِمَهُ رَدُّه وفَرْشُه على ما كان ، إن طَلَبَه المالِكُ ، وكان فيه غَرَضٌ صَحِيحٌ ، وإن لم يكُنْ فيه غَرَضٌ ، فهل يُجْبَرُ على فَرْشِه ؟

---

(١٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب من بنى أو غرس فى أرض غيره ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وابن عدى ، فى الكامل ٥ / ١٦٦٩ .

(١١) فى م زيادة : « وإن بذل المالك له قيمته ليتركه » .

يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وإن مَنَعَهُ المالِكُ فَرْشَهُ ، أو رَدَّهُ وطَلَبَ الغاصِبُ ذلك ، وكان فى رَدِّه غَرَضٌ من إزَالَةِ ضَرَرٍ ، أو ضَمَانٍ ، فله فَرْشُه ورَدُّه ، وعليه أجْرُ مِثْلِها مُدَّةَ شَغْلِها وأُجْرُ نَقْصِها . وإن أخَذَ تُرَابَ أرْضٍ ، فضَرَبَه[(١٢)] لِبنَاءٍ ، رَدَّ ، ولا شىءَ له ، إلَّا أن يكونَ قد جَعَلَ فيه تِبْنًا له ، فيكونَ له أن يَحُلَّهُ ويَأْخُذَ تِبْنَهُ . وإن كان لا يَحْصُلُ منه شىءٌ ، ففيه وَجْهانِ ، بِناءً على كَشْطِ التَّزْوِيقِ إذا لم يكُنْ[(١٣)] له قِيمَةٌ . وإن طَالَبَهُ المالِكُ بحَلِّه ، لَزِمَهُ ذلك إذا كان فيه غَرَضٌ ، وإن لم يكُنْ[(١٣)] فيه غَرَضٌ ، فعلى وَجْهَيْنِ . وإن جَعَلَهُ آجُرًّا أو فَخَّارًا ، لَزِمَهُ رَدُّه ، ولا أجْرَ له لِعَمَلِه ، وليس له كَسْرُهُ ، ولا لِلْمالِكِ إجْبارُه عليه ؛ لأنَّ ذلك سَفَهٌ لا يُفِيدُ ، وإتْلافٌ لِلْمالِ ، وإضَاعَةٌ له ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن إضَاعةِ المالِ[(١٤)] .

فصل : وإن غَصَبَ أرْضًا ، فحَفَرَ فيها بِئْرًا فطَالَبَهُ المالِكُ بطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالأرْضِ ، ولأنَّ التُّرَابَ مِلْكُه ، نَقَلَهُ من مَوْضِعِه ، فلَزِمَهُ رَدُّه ، كتُرَابِ الأرْضِ . وكذلك إن حَفَرَ فيها نَهْرًا ، أو حَفَرَ / بِئْرًا فى مِلْكِ رَجُلٍ بغير إذْنِه . وإن أرَادَ الغاصِبُ طَمَّهَا ، فمَنَعَهُ المالِكُ ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان له غَرَضٌ فى طَمِّها ، بأن يَسْقُطَ عنه ضَمَانُ ما يَقَعُ فيها ، أو يكونَ قد نَقَلَ تُرَابَها إلى مِلْكِ نَفْسِه ، أو مِلْكِ غيرِه ، أو طَرِيقٍ يَحْتاجُ إلى تَفْرِيغِه ، فله الرَّدُّ ؛ لما فيه من الغَرَضِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وإن لم يكُنْ له غَرَضٌ فى طَمِّ البِئْرِ ، مثل أن يكونَ قد وَضَعَ التُّرَابَ فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، وأبْرَأَهُ المَغْصُوبُ منه ممَّا حَفَرَ ، وأذِنَ فيه ، لم يكُنْ له طَمُّها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه إتْلافٌ لا نَفْعَ فيه ، فلم يكُنْ له فِعْلُه ، كما لو غَصَبَ نُقْرَةً ، فطَبَعَها دَرَاهِمَ ، ثم أرادَ جَعْلَها نُقْرَةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ ، وبعضُ الشّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : له طَمُّها . وهو الوجْهُ الثانِى لَنا ؛ لأنَّه لا يَبْرأُ من الضَّمَانِ بإبْرَاءِ المالِكِ ، لأنَّه إبْرَاءٌ ممَّا لم يَجِبْ بعدُ ، وهو أيضا إبْرَاءٌ من

٥/٤ ظ

---

(١٢) فى ب ، م : « فضرب به » .

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥١٦ .

حَقِّ غيرِه وهو الواقِعُ فيها . ولَنا ، أنَّ الضَّمَانَ إنَّما لَزِمَهُ لِوُجُودِ التَّعَدِّى ، فإذا رَضِىَ صاحِبُ الأرْضِ ، زَالَ التَّعَدِّى ، فزَالَ الضَّمَانُ ، وليس هذا إبْرَاءً ممَّا لم يَجِبْ ، وإنَّما هو إسْقَاطُ التَّعَدِّى بِرِضَائِه به . وهكذا يَنْبَغِى أن يكونَ إذا لم يَتَلَفَّظْ بالإبْرَاءِ ، ولكن مَنَعَهُ من طَمِّها ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ رِضَاهُ بذلك .

الفصل الثالث : أنَّ على الغاصِبِ أَجْرَ الأرْضِ منذُ غَصْبِهَا إلى وَقْتِ تَسْلِيمِها . وهكذا كلُّ ما لَهُ أجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِه ، سواءٌ اسْتَوْفَى المَنافِعَ أو تَرَكَها حتى ذَهَبَتْ ؛ لأنَّها تَلِفَتْ فى يَدِه العَادِيَةِ ، فكان عليه عِوَضُها ، كالأعْيانِ . وإن غَصَبَ أرْضًا ، فبَنَاهَا دَارًا ، فإن كانت آلاتُ بِنَائِها من مالِ الغاصِبِ ، فعليه أَجْرُ الأرْضِ دُونَ بِنَائِها ؛ لأنَّه إنَّما غَصَبَ الأرْضَ والبِنَاءُ له ، فلم يَلْزَمْهُ أَجْرُ مالِه . وإن بَنَاهَا بِتُرَابٍ منها ، وآلاتٍ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فعليه أَجْرُهَا مَبْنِيَّةً ؛ لأنَّ الدّارَ كلَّها مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، وإنَّما لِلْغاصِبِ فيها أثَرُ الفِعْلِ ، فلا يكونُ فى مُقَابَلَتِه أَجْرٌ ؛ لأنَّه وَقَعَ عُدْوانًا . وإن غَصَبَ دارًا ، فنَقَضَها ، ولم يَبْنِهَا ، فعليه أَجْرُ دَارٍ إلى حينِ نَقْضِها ، وأَجْرُهَا مَهْدُومَةً من حين نَقْضِهَا إلى حينِ رَدِّهَا ؛ لأنَّ البِنَاءَ انْهَدَمَ وتَلِفَ ، فلم يَجِبْ أَجْرُهُ مع تَلَفِهَا[15] . وإن نَقَضَها ، ثم بَنَاهَا بآلَةٍ من عندِه ، فالحُكْمُ فيها كذلك . وإن بَنَاهَا بآلَتِها ، أو آلَةٍ من تُرابِها ، أو مِلْكِ المَغْصُوبِ منه[16] ، فعليه أَجْرُهَا عَرْصَةً ، منذُ نَقَضَها إلى أن بَنَاهَا ، وأَجْرُهَا / دارًا فيما قبلَ ذلك وبعدَه ؛ لأنَّ البِنَاءَ لِلْمالِكِ . وحُكْمُها فى نَقْضِ بِنَائِها الذى بَنَاهُ الغاصِبُ ، حُكْمُ ما لو غَصَبَها عَرْصَةً فبَنَاهَا . وإن كان الغاصِبُ باعَها ، فبَنَاهَا المُشْتَرِى ، أو نَقَضَها ثم بَنَاهَا ، فالحُكْمُ لا يَخْتَلِفُ ، لكن[17] لِلْمالِكِ مُطالَبَةَ مَن شاءَ منهما ، والرُّجُوعَ عليه ، فإن رَجَعَ على الغاصِبِ ، رَجَعَ الغاصِبُ على المُشْتَرِى بِقيمَةِ ما تَلِفَ من الأعْيانِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَلَ على أنَّه مَضْمُونٌ عليه بالعِوَضِ، [18]فاسْتَقَرَّ ضَمَانُه عليه[18] . وإن رَجَعَ المالِكُ على المُشْتَرِى ، رَجَعَ المُشْتَرِى على الغاصِبِ بِنَقْصِ

٥/٥ و

---

(١٥) فى ب : « تلفه » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى ب : « لأن » .

(١٨ - ١٨) فى الأصل : « لم يستقر ضمانه » .

التَّالِفِ ، ولم يَرْجِعْ بِقِيمَةِ ما تَلِفَ . وهل يَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما على صَاحِبِه بالأَجْرِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وليس له مُطَالَبَةُ المُشْتَرِى[١٩] من الأَجْرِ إلَّا بأَجْرِ مُدَّةِ مُقَامِها فى يَدَيْهِ ؛ لأَنَّ يَدَهُ إنَّما ثَبَتَتْ عليها حِينَئِذٍ .

الفصل الرابع : أنَّ على الغاصِبِ ضَمَانَ نَقْصِ الأَرْضِ ، إن كان نَقَصَها الغَرْسُ ، أو نَقَصَتْ بغيرِه . وهكذا كُلُّ عَيْنٍ مَغْصُوبةٍ ، على الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِها إذا كان نَقْصًا مُسْتَقِرًّا ، كثَوْبٍ تَخَرَّقَ ، وإنَاءٍ تَكَسَّرَ ، وطَعَامٍ سَوَّسَ ، وبِنَاءٍ خُرِّبَ ، ونحوِه ، فإنَّه يَرُدُّها وأَرْشَ النَّقْصِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ فى يَدِ الغاصِبِ ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالقَفِيزِ من الطَّعَامِ ، والذِّرَاعِ من الثَّوْبِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبًا شَقًّا قَلِيلًا ، أخَذَ أَرْشَهُ . وإن كان كَثِيرًا ، فصَاحِبُه بالخِيَارِ بين تَسْلِيمِه وأَخْذِ قِيمَتِه ، وبين إمْسَاكِه وأَخْذِ أَرْشِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ هذا ؛ فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ موسى بن سَعِيدٍ[٢٠] ، فى الثَّوْبِ : إن شَاءَ شَقَّ الثَّوْبَ ، وإن شَاءَ مثلَه . يَعْنِى — واللهُ أعلم — إن شاءَ أخَذَ أَرْشَ الشَّقِّ[٢١] . ووَجْهُه أنَّ هذه جِنَايَةٌ أَتْلَفَتْ مُعْظَمَ مَنْفَعَتِه ، فكانت له المُطَالَبَةُ بِقِيمَتِه ، كما لو قَتَلَ شاةً له . وحَكَى أصْحابُ مَالِكٍ عنه ، أنَّه إذا جَنَى على عَيْنٍ ، فأَتْلَفَ غَرَضَ صَاحِبِها فيها ، كان المَجْنِىُّ عليه بالخِيَارِ ، إن شَاءَ رَجَعَ بما نَقَصَتْ ، وإن شَاءَ سَلَّمَها وأَخَذَ قِيمَتَها . ولَعَلَّ ما يُحْكَى عنه من قَطْعِ ذَنَبِ حِمَارِ القاضِى ، يَنْبَنِى[٢٢] على ذلك ؛ لأنَّه أَتْلَفَ غَرَضَهُ به ، فإنَّه لا يَرْكَبُه فى العَادَةِ . وحُجَّتُهُم أنَّه أَتْلَفَ المَنْفَعَةَ المَقْصُودَةَ من السِّلْعَةِ ، فلَزِمَتْه قِيمَتُها ، كما لو أَتْلَفَ جَمِيعَها . ولَنا ، أنَّها جِنَايَةٌ على مالٍ أَرْشُها دُونَ قِيمَتِه ، فلم يَمْلِكِ المُطَالَبَةَ بجَمِيعِ قِيمَتِه ، كما لو كان الشَّقُّ يَسِيرًا ، ولأنَّها جِنَايَةٌ تَنْقُصُ بها القِيمَةُ ، فأَشْبَهَ ما لو لم يَتْلَفْ

---

(١٩) فى م زيادة : « بشىء » .

(٢٠) موسى بن سعيد الدندانى ، ثقة ، رفيع القدر ، كانت عنده مسائل حسان ، ذكره أبو بكر الخلال ، فى كتابه . طبقات الحنابلة ١ / ٣٣٢ .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى الأصل : « مبنى » .

٥/٥ظ

غَرضُ صَاحِبِها ، / وفى الشّاةِ تَلفَ جَمِيعُها ؛ لأنَّ الاعْتِبَارَ فى الإتْلافِ بالمَجْنِىِّ عليه ، لا بِغَرَضِ صَاحِبِه ؛ لأنَّ هذا إن لم يَصْلُحْ لهذا صَلَحَ لِغَيْرِه .

فصل : وقَدْرُ الأَرْشِ قَدْرُ[٢٣] نَقْصِ القِيمَةِ فى جَمِيعِ الأَعْيانِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخرَى ، أنَّ عَيْنَ الدّابّةِ تُضْمَنُ بِرُبْعِ قِيمَتِها . فإنَّه قال ، فى رِوَايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ دابَّةٍ لِرَجُلٍ : عليه رُبْعُ قِيمَتِها . قيل له : فَقَأَ العَيْنَيْنِ ؟ فقال : إذا كانت واحِدَةً ، فقال عُمَرُ رُبْعُ القِيمَةِ ، وأمَّا العَيْنانِ فما سَمِعْتُ فيهما شَيْئًا . قيل له : فإن كان بَعِيرًا أو بَقَرةً أو شاةً ؟ فقال : هذا غيرُ الدَّابَّةِ ، هذا يُنْتَفَعُ بِلَحْمِه ، يُنْظَرُ ما نَقَصَها . وهذا يَدُلُّ على أنَّ أحمدَ إنَّما أَوْجَبَ مِقْدارًا[٢٤] فى العَيْنِ الواحِدَةِ من الدّابّةِ ، وهى الفَرَسُ والبَغْلُ والحِمَارُ خاصَّةً لِلأَثَرِ الوارِدِ فيه ، وما عَدَا هذا يُرْجَعُ إلى القِيَاسِ . واحْتَجَّ أصْحابُنا لهذه الرِّوَايَةِ ، بما رَوَى زَيْدُ بن ثابتٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى فى عَيْنِ الدّابَّةِ بِرُبْعِ قِيمَتِها[٢٥] . ورُوِىَ[٢٦] عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كَتَبَ إلى شُرَيْحٍ لمَّا كَتَبَ إليه يَسْأَلُه عن عَيْنِ الدّابّةِ : إنّا كُنّا نُنْزِلُها مَنْزِلَةَ الآدَمِىِّ ، إلَّا أنَّه أَجْمَعَ رَأْيُنا أن قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمَنِ . وهذا إجْماعٌ يُقَدَّمُ على القِيَاسِ . ذَكَرَ هٰذَيْنِ أبو الخَطَّابِ فى « رُؤُوسِ المَسائِلِ » . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَلَعَ عَيْنَ بَهِيمَةٍ يُنْتَفَعُ بها من وَجْهَتَيْنِ ، كالدَّابّةِ والبَعِيرِ والبَقَرةِ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِها ، وفى إحْداهُما رُبْعُ قِيمَتِها ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ رَضِىَ اللهُ عنه : أَجْمَعَ رَأْيُنا على أنَّ قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمَنِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، فى العَبْدِ ، أنَّه يُضْمَنُ فى الغَصْبِ بما يُضْمَنُ به فى الجِنايَةِ ؛ ففى يَدِه نِصْفُ قِيمَتِه ، وفى مُوضِحَتِه نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِه ، وهذا قولُ بعضِ[٢٧] أَصْحَابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه ضَمانٌ لأَبْعاضِ

---

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « مقدرا » .

(٢٥) ذكره الهيثمى ، فى : باب الديات فى الأعضاء وغيرها ، من كتاب الديات . مجمع الزوائد ٦ / ٢٩٨ . والزيلعى ، فى : باب جناية البهيمة والجناية عليها ، من كتاب الديات . نصب الراية ٤ / ٣٨٨ .

(٢٦) فى م : « وقد روى » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

العَبْدِ ، فكان مُقَدّرًا من قِيمَتِه ، كأَرْشِ الجِنَايَةِ . ولَنا ، أنّه ضَمَانُ مالٍ من غيرِ جنايَةٍ ، فكان الواجِبُ ما نَقَصَ ، كالثَّوْبِ ، وذلك لأنّ القصْدَ بالضَّمانِ جَبْرُ حَقِّ المالِكِ بإيجابِ قَدْرِ المُفَوَّتِ عليه ، وقَدْرُ النَّقْصِ هو الجابرُ ، ولأنّه لو فاتَ الجَمِيعُ لوَجَبَتْ قِيمَتُه ، فإذا فاتَ منه شيءٌ وَجبَ قَدْرُه من القِيمَةِ ، كغَيرِ الحَيَوانِ . وأمّا حَدِيثُ زَيْدِ بن ثابِتٍ ، فلا أَصْلَ له ، ولو كان صَحِيحًا لما احْتَجَّ أحمدُ وغيرُه بحَدِيثِ عُمَرَ وتَرَكُوهُ ، فإنّ قولَ النبيِّ ﷺ أحَقُّ أن يُحْتَجَّ به . وأمّا قولُ عُمَرَ ، فمَحْمُولٌ على أنّ ذلك كان قَدْرَ نَقصِها ، كما رُوِىَ عنه أنّه قضَى فى العَيْنِ القائِمَةِ بخَمْسِين دِينَارًا ، ولو كان تَقْدِيرًا ، لوَجَبَ فى العَيْنِ نِصْفُ / القِيمَةِ ، كعَيْنِ الآدَمِيِّ . وأمّا ضَمَانُ الجِنايَةِ على أَطْرَافِ العَبْدِ ، فمَعْدُولٌ به عن القِيَاسِ ، لِلإِلْحَاقِ بالجِنايَةِ على الحُرِّ ، والواجبُ هٰهُنا ضَمَانُ اليَدِ ، ولا تَثْبُتُ اليَدُ على الحُرِّ ، فوَجَبَ البَقَاءُ فيه على مُوجَبِ الأَصْلِ ، وإلْحاقُه بسَائِرِ الأَمْوالِ المَغْصُوبَةِ . وقولُ أبى حنيفةَ : إنّ هذا فى بَهِيمَةِ الأَنْعامِ والدَّابّةِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنّ هذا القولَ مَبْنِىٌّ على قولِ عُمَرَ ، وقَوْلُ عُمَرَ إنّما هو فى الدَّابّةِ ، والدَّابّةُ فى العُرْفِ ما يُعَدُّ لِلرُّكُوبِ دُونَ بَهِيمَةِ الأَنْعامِ .

(٦/٥ و)

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فَجنَى عليه جِنَايَةً مُقَدَّرَةَ الدِّيَةِ ، فعلى قَوْلنا : ضَمَانُ الغَصْبِ ضَمَانُ الجِنَايَةِ . الواجبُ أَرْشُ الجِنَايَةِ ، كما لو جَنَى عليه من غيرِ غَصْبٍ ، فنَقَصَتْهُ الجِنَايَةُ أقَلّ من ذلك أو أكْثَرَ . وإن قُلْنا : ضَمَانُ الغَصْبِ غيرُ ضَمَانِ الجِنَايَةِ . وهو الصَّحِيحُ ، فعليه أكْثَرُ الأَمْرَيْنِ ، من أَرْشِ النَّقْصِ أو دِيَةِ ذلك العُضْوِ ؛ لأنّ سَبَبَ(٢٨) ضَمَانِ كل واحِدٍ منهما وُجِدَ(٢٩) ، فوَجَبَ أكْثَرُهُما ، ودَخَلَ الآخَرُ فيه ، فإنّ الجِنَايَةَ واليَدَ وُجِدَا جَمِيعًا . فإن غَصَبَ عَبْدًا يُسَاوِى أَلْفًا ؛ فزَادَتْ قِيمَتُه ، فصَارَ يُسَاوِى أَلْفَيْنِ ، ثم قَطَعَ يَدَهُ ، فنَقَصَ أَلْفًا ، لَزِمَهُ أَلْفٌ ، ورَدَّ العَبْدَ ؛ لأنّ سَبَبَ(٣٠) زِيَادَة

---

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فى م : « وجب » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

السُّوقِ مع تَلَفِ العَيْنِ مَضْمُونَةٌ ، ويَدُ العَبْدِ كَنِصْفِه ، فكأنَّه بِقَطْعِ يَدِه فَوَّتَ نِصْفَه . وإن نَقَصَ أَلْفًا وَخَمْسَمائة ، وقُلْنا : الواجِبُ ما نَقَصَ . فعليه أَلْفٌ وخَمْسُمائة ، ويَرُدُّ العَبْدَ . وإن قُلْنا : ضَمَانُ الجِنَايَةِ . فعليه أَلْفٌ ، وَرَدُّ العَبْدِ فحَسْبُ . وإن نَقَصَ خَمْسَمائة ، فعليه رَدُّ العَبْدِ ، وهل يَلْزَمُه أَلْفٌ أو خَمْسُمائة ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فقَطَعَ آخَرُ يَدَهُ ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شَاءَ ؛ لأَنَّ الجَانِيَ قَطَعَ يَدَهُ ، والغاصِبُ حَصَلَ النَّقْصُ فى يَدِه ، إن ضَمَّنَ الجانِيَ ، فله تَضْمِينُه نِصْفَ قيمَتِه لا غيرُ ، ولا يَرْجِعُ على أَحَدٍ ؛ لأَنَّه لم يُضَمِّنْه أَكْثَرَ مِمَّا وَجَبَ عليه . ويَضْمَنُ الغاصِبُ ما زَادَ على نِصْفِ القِيمَةِ إن نَقَصَ أَكْثَرُ من النِّصْفِ ، ولا يَرْجِعُ على أَحَدٍ . وإن قُلْنا : إنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ ضَمَانُ الجِنَايَةِ ، أو لم يَنْقُصْ أَكْثَرُ من نِصْفِ قِيمَتِه . لم يَضْمَنِ الغاصِبُ هٰهُنا شَيْئًا . وإن اخْتارَ تَضْمِينَ الغاصِبِ ، وقُلْنا : إن ضَمَانَ الغَصْبِ كضَمَانِ الجِنَايَةِ . ضَمَّنَه نِصْفَ القِيمَةِ ، ورَجَعَ بها الغاصِبُ على الجانِي ؛ لأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِفِعْلِه فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن قُلْنا : إن ضَمَانَ الغَصْبِ بما نَقَصَ . فَلِرَبِّ العَبْدِ / تَضْمِينُه بأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ ؛ لأَنَّ ما وُجِدَ فى يَدِه فهو فى حُكْمِ المَوْجُودِ منه ، ثم يَرْجِعُ الغاصِبُ على الجانِي بِنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأَنَّها أَرْشُ جِنايَتِه[31] ، فلا يَجِبُ عليه أَكْثَرُ منها .

٦/٥ ظ

فصل : وإن غَصَبَ[32] عَبْدًا ، فقَطَعَ أُذُنَيْهِ ، أو يَدَيْهِ ، أو ذَكَرَهُ ، أو أَنْفَهُ ، أو لِسَانَه أو خُصْيَتَيْه ، لَزِمَتْهُ قِيمَتُه[33] كلُّها ، ورَدُّ العَبْدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ والثَّوْرِيُّ : يُخَيَّرُ المالِكُ بين أن يَصْبِرَ ولا شَىْءَ له ، وبين أَخْذِ قِيمَتِه ويَمْلِكُه الجانِي ؛ لأَنَّه ضَمَانُ مالٍ ، فلا يَبْقَى مِلْكُ صَاحِبِه عليه مع ضَمَانِه له ، كسَائِرِ الأَمْوَالِ . ولَنا ، أَنَّ المُتْلَفَ البَعْضُ ، فلا يَقِفُ ضَمَانُه على زَوَالِ

---

(٣١) فى ب ، م : « جناية » .

(٣٢) فى ب زيادة : « قيمة » .

(٣٣) سقط من : ب ، م .

المِلْكِ عن جُمْلَتِه ، كَقَطْعِ ذَكَرِ المُدَبَّرِ ، وكَقَطْعِ إحْدَى يَدَيْهِ أو أُذُنَيْهِ ، ولأنَّ المَضْمُونَ هو المُفَوَّتُ ، فلا يَزُولُ المِلْكُ عن غيرِه بضَمَانِه ، كما لو قَطَعَ تِسْعَ أصَابِعَ . وبهذا يَنْفَصِلُ عما ذَكَرُوهُ ، فإنَّ الضَّمَانَ فى مُقَابَلَةِ المُتْلَفِ ، لا فى مُقَابَلَةِ الجُمْلَةِ . فأمَّا إن ذَهَبَتْ هذه الأَعْضَاءُ بغيرِ جِنَايَةٍ ، فهل يَضْمَنُها ضَمَانَ الإتْلَافِ ، أو بما نَقَصَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهما .

فصل : وإن جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ ، فجِنَايَتُه مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ فى العَبْدِ الجانِى ، لكَوْنِ أَرْشِ الجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِه ، فكان مَضْمُونًا على الغاصِبِ ، كسائِرِ نَقْصِه . وسواءٌ فى ذلك ما يُوجِبُ القِصَاصَ أو المالَ . ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ من النَّقْصِ الذى لَحِقَ العَبْدَ . وإن جَنَى على سَيِّدِه ، فجِنَايَتُه مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ أيضا ؛ لأنَّها[٣٤] من جُمْلَةِ جِنَايَاتِه ، فكان مَضْمُونًا على الغاصِبِ ، كالجِنَايَةِ على الأَجْنَبِيِّ .

فصل : إذا نَقَصَتْ عَيْنُ المَغْصُوبِ دُونَ قِيمَتِه ، فذلك على ثلاثةِ أقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ الذّاهِبُ جُزْءًا مُقَدَّرَ البَدَلِ ، كعَبْدٍ خَصَاهُ ، وزَيْتٍ أغْلَاهُ ، ونُقْرَةٍ ضَرَبَها دَرَاهِمَ فنَقَصَتْ عَيْنُها دُونَ قِيمَتِها ، فإنَّه يَجِبُ ضَمَانُ النَّقْصِ ، فيَضْمَنُ نَقْصَ العَبْدِ بقِيمَتِه ، ونَقْصَ الزَّيْتِ والنُّقْرَةِ بِمِثْلِهما مع رَدِّ الباقِى منهما ؛ لأنَّ الناقِصَ من العَيْنِ له بَدَلٌ مُقَدَّرٌ ، فلَزِمَهُ ما تَقَدَّرَ به ، كما لو أذْهَبَ الجَمِيعَ . الثانى ، أن لا يكونَ مُقَدَّرًا ، مثل إن غَصَبَ عَبْدًا ذا سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، فخَفَّ جِسْمُه ، ولم تَنْقُصْ قِيمَتُه ، فلا شىءَ فيه سِوَى رَدِّه ؛ لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما أَوْجَبَ فى هذا ما نَقَصَ من القِيمَةِ ، ولم يُقَدِّرْ بَدَلَه ، ولم تَنْقُص القِيمَةُ ، فلم يَجِبْ شىءٌ ، بخِلَافِ الصُّورَةِ الأُولَى ؛ فإنَّ الذّاهِبَ مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فلم يَسْقُطْ بَدَلُه . الثالث ، أن يكونَ النَّقْصُ / فى مُقَدَّرِ البَدَلِ ، لكنَّ الذَّاهِبَ منه أجْزاءٌ غيرُ مَقْصُودَةٍ ، كعَصِيرٍ أغْلَاهُ فذَهَبَتْ مَائِيَّتُه ، وانْعَقَدَتْ أجْزَاؤُه ، فنَقَصَتْ عَيْنُه دُونَ قِيمَتِه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا شىءَ فيه[٣٥] سِوَى رَدِّه ؛ لأنَّ النَّارَ إنَّما أذْهَبَتْ

٧/٥و

(٣٤) فى الأصل : « لأنه » .

(٣٥) فى م : « عليه » .

مائِيَّتَهُ التى يَقْصِدُ ذَهَابَها ، ولهذا تَزْدادُ حَلَاوَتُه ، وتَكْثُرُ قِيمَتُه ، فلم يَجِبْ ضَمَانُها ، كسِمَنِ العَبْدِ الذى يَنْقُصُ قِيمَتَهُ . والثانى ، يَجِبُ ضَمَانُه ؛ لأنَّه مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فأشْبَهَ الزَّيْتَ إذا أَغْلَاهُ . وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ جَمِيعًا ، وَجَبَ فى الزَّيْتِ وشِبْهِه ضَمَانُ النَّقْصَيْنِ جَمِيعًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا ، وذلك مثل أن يكونَ رِطْلُ زَيْتٍ قِيمَتُه دِرْهَمٌ ، فأَغْلَاهُ ، فنَقَصَ ثُلُثُه ، فصارَ قِيمَةُ الباقِى نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فعليه ثُلُثُ رَطْلٍ وسُدُسُ دِرْهَمٍ . وإن كانت قِيمَةُ الباقِى ثُلُثَىْ دِرْهَمٍ ،فليس عليه أَكْثَرُ [36] من ثُلُثِ رَطْلٍ ؛ لأنَّ قِيمَةَ الباقِى لم تَنْقُصْ . وإن خَصَى العَبْدَ ،فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، فليس عليه أَكْثَرُ [36] مِن ضَمَانِ خُصْيَتَيه ؛ لأنَّ ذلك بمنزلةِ ما لو فَقَأَ عَيْنَيْه . وهل يجبُ فى العصيرِ ما نقَصَ مِن القيمةِ ، أو يكونُ كالزَّيْتِ ؟ على وَجْهَيْن .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا فسَمِنَ سِمَنًا نقَصَتْ به قيمتُه ، أو كان شابًّا فصار شيخًا ، أو كانتِ الجاريةُ ناهِدًا فسَقط ثَدْياها . وَجَبَ أَرْشُ النَّقْصِ . لا نعلمُ فيه خِلافًا . فإن كان العبدُ أَمْرَدَ ، فنَبَتَتْ لِحْيَتُه فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، وجَب ضَمانُ نَقْصِه . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ ضَمانُه ؛ لأنَّ الفائِتَ لا يُقْصَدُ قَصْدًا صحيحًا ، فأشْبَهَ الصِّناعةَ المُحَرَّمَةَ . ولَنا ، أنَّه نقص فى القيمةِ بتَغَيُّرِ [37] صِفَتِه ، فيَضْمَنُه ، كبَقِيَّةِ الصُّوَرِ .

فصل : وإن نقَص المغْصوبُ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، كطعامٍ ابْتَلَّ . وخِيفَ فَسادُه ، أو عَفِنَ وخُشِىَ تَلَفُه . فعليه ضَمانُ نَقْصِه . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِىِّ . وله قولٌ آخَرُ ؛ أنَّه لا يضْمَنُ نَقْصَه . وقال القاضى [38] : يَلْزَمُه بدَلُه ، لأنَّه لا يُعْلَمُ قَدْرُ نَقْصِه ، وكلَّما نقص شيئا ضَمِنَه ؛ لأنَّه يَسْتَنِدُ إلى السَّبَبِ الموجودِ فى يَدِ الغاصِبِ ، فكان كالموجودِ فى يَدِه . وقال أبو الخَطَّابِ : يتخَيَّرُ صاحبُه بينَ أَخْذِ بَدَلِه ، وبَين تَرْكِه حتى يسْتَقِرَّ فَسادُه ،

(36 - 36) سقط من : ب .

(37) فى ب ، م : « بتغيير » .

(38) فى م زيادة : « لا » .

ويأْخُذَ أرْشَ نَقْصِه . وقال أبو حنيفة : يتخَيَّرُ بينَ إمْساكِه ولا شيءَ له ، أو تَسْلِيمِهِ إلى الغاصِبِ ويأخذُ منه قِيمَتَه ؛ لأنَّه لو ضَمِنَ النَّقْصَ لَحَصَلَ له مثلُ كَيْلِه وزيادةٌ / ، وهذا لا يجوزُ ، كما لو باعَ قَفِيزًا جَيِّدًا بقَفِيزٍ رَدِيءٍ ودِرْهَمٍ . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مالِه باقيةٌ ، وإنَّما حدَث فيه نَقْصٌ ، فوجَب فيه ما نَقَص ، كما لو كان[39] عبدًا فمَرِض . وقد وافَق بعضُ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ على هذا في العَفَنِ . وقال[40] : يَضْمَنُ ما نقص ، قولًا واحدًا ، ولا يَضْمَنُ ما تولَّد منه ؛ لأنَّه ليس من فِعْلِه . وهذا الفَرْقُ لا يصِحُّ ؛ لأنَّ البَلَلَ[41] قد يكونُ من غيرِ فِعْلِه أيضا ، وقد يكونُ العَفَنُ بسَبَبٍ منه . ثم إنَّ ما وُجِدَ في يَدِ الغاصِبِ ، فهو مَضْمُونٌ عليه ، لِوُجُودِه في يَدِه ، فلا فَرْقَ . وقولُ أبي حنيفةَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا الطَّعَامَ عَيْنُ مالِه ، وليس بِبَدَلٍ عنه . وقولُ أبي الخَطَّابِ لا بَأْسَ به .

٨٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَ زَرَعَها ، فأَدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائِمٌ ، كَانَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ ، وعَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وإنِ اسْتُحِقَّتْ بَعْدَ أَخْذِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الأَرْضِ)

قوله : « فَأَدْرَكَها رَبُّها » يَعْنِي اسْتَرْجَعَها من الغاصِبِ ، أو قَدَرَ على أَخْذِهَا منه . وهو مَعْنَى قولِه : « اسْتُحِقَّتْ » . يعني أخَذَهَا مُسْتَحِقُّها . فمتى كان هذا بعدَ حَصَادِ الغاصِبِ الزَّرْعَ ، فإنَّه لِلْغاصِبِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّه نَماءُ مَالِه ، وعليه الأُجْرَةُ إلى وَقْتِ التَّسْلِيمِ وضَمَانُ النَّقْصِ . ولو لم يَزْرَعْها ، فنَقَصَتْ لِتَرْكِ الزِّرَاعَةِ ، كأَرَاضِي البَصْرَةِ ، أو نَقَصَتْ لغير[1] ذلك ، ضَمِنَ نَقْصَها أيضا ؛ لما قَدَّمْنَا في المَسْأَلَةِ التي قبلَ هذه . فأمَّا إن أخَذَها صاحِبُها والزَّرْعُ قائِمٌ فيها ، لم يَمْلِكْ إجْبَارَ الغاصِبِ على قَلْعِه ، وخُيِّرَ المالِكُ بينَ أن يُقِرَّ الزَّرْعَ في الأَرْضِ إلى الحَصَادِ ، ويَأْخُذَ من الغاصِبِ أَجْرَ

(٣٩) في م : « باع » .
(٤٠) في م زيادة : « لا » .
(٤١) في الأصل : « المال » .
(١) في الأصل : « بغير » .

الأَرْضِ وأَرْشَ نَقْصِها ، وبين أن يَدْفعَ إليه نَفَقتَه ويكونَ الزَّرْعُ له . وبهذا قال أبو عُبَيْدٍ . وقال أَكْثَرُ الفُقَهاءِ : يَمْلِكُ إجْبَارَ الغاصِبِ على قَلْعِه ، والحُكْمُ فيه كالغَرْسِ سواء ، لقولِه عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ »[2] . ولأنَّه زَرَعَ فى أرْضِ غيرِه ظُلْمًا ، أشْبَه الغِرَاسَ . ولَنا ، ما رَوَى رافِعُ بن خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ فى أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَىْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فيه دَلِيلٌ على أنَّ الغاصِبَ لَا يُجْبَرُ على قَلْعِه ؛ لأنَّه مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه . ورُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ رَأَى زَرْعًا فى أرضِ ظُهَيْرٍ[4] ، فأعْجَبَه ، فقال : « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ » . فقال : إنَّه ليس لِظُهَيْرٍ ، ولكنَّه لفلان . قال : « فَخُذُوا زَرْعَكُمْ ، ورُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » . / قال رافِع : فأَخَذْنا زَرْعَنا ، ورَدَدْنا عليه نَفَقتَه[5] . ولأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ إلى مالكِه من غيرِ إتْلافِ مالِ الغاصِبِ ، على قُرْبٍ من الزَّمانِ ، فلم يَجُزْ إتْلافُه ، كما لو غَصَبَ سَفِينةً ، فحمَلَ فيها مالَهُ . وأدْخَلَها البحرَ ، أو غَصَبَ لَوْحًا . فرَقَّع به سَفِينةً ، فإنَّه لا يُجْبَرُ على رَدِّ المَغْصُوبِ فى اللُّجَّةِ ، ويُنْتَظَرُ حتى تُرْسَى ، صِيانةً للمالِ عن التَّلَفِ . كذا هٰهُنا . ولأنَّه زرعٌ حصَلَ فى مِلْكِ غيرِه ، فلم يُجْبَرْ على قَلْعِه على وَجْهٍ يضُرُّ به . كما لو كانتِ الأرضُ مُسْتعارَةً أو مَشْفُوعةً . وفارَقَ الشَّجَرَ والنَّخْلَ ؛ لأنَّ مُدَّتَه تَتطاوَلُ ، ولا يُعْلَمُ متى يَنْقَطِعُ من الأرضِ ، فانْتِظارُه يُؤَدِّى إلى تَرْكِ رَدِّ الأصلِ بالكُلِّيَّةِ . وحَدِيثُهم وَرَدَ فى الغَرْسِ ، وحَدِيثُنا فى الزَّرْعِ ، فيُجْمَعُ بين الحديثَيْنِ ، ويُعْمَلُ بكلِّ واحِدٍ منهما فى مَوْضِعِه . وذلك أَوْلَى مِن إبْطَالِ أحَدِهما . إذا

٨/٥ و

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٥٨ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٢٥ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٦٥ .

(٤) فى م هنا وفيما يأتى : « طهير » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التشديد فى ذلك [المزارعة] ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

ثبت هذا ، فمتى رَضِىَ المالكُ بتَرْكِ الزَّرْعِ للغاصِبِ . ويأخُذُ منه أجْرَ الأرضِ . فله ذلك ؛ لأنَّه شغَلَ المغْصُوبَ بمالِه ، فمَلَكَ صاحِبُه أخْذَ أُجْرِه ، كما لو تَرَكَ فى الدَّارِ طَعامًا أو أحْجارًا يَحْتاجُ فى نَقْلِه إلى مُدَّةٍ . وإن أحَبَّ أخْذَ الزَّرْعِ ، فله ذلك ، كما يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ أخْذَ شَجَرِ المُشْتَرِى بقِيمَتِه . وفيما يُرَدُّ على الغاصِبِ روايتان ؛ إحْداهما ، قِيمةُ[6] الزَّرْعِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن الزَّرْعِ . فيُقَدَّرُ بقِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَه . ولأنَّ الزَّرْعَ للغاصِبِ إلى حينِ انْتِزَاعِ المالِكِ له منه ، بدليلِ أنَّه لو أخَذَه قبلَ انْتِزَاعِ المالِكِ له ، كان مِلْكًا له . ولو لم يَكُنْ مِلْكًا له لَما مَلَكَهُ بأخْذِه . فيكونُ أخْذُ المالِكِ له تَمَلُّكًا له ، إلَّا أنْ يُعَوِّضَه ، فيجِبُ أن يكونَ بقِيمَتِه ، كما لو أخَذَ الشِّقْصَ[7] المشْفُوعَ . ويَجِبُ على الغاصِبِ أجْرُ الأرضِ إلى حينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كان مَحكُومًا له به ، وقد شغَلَ به أرْضَ غيرِه . والرِّواية الثانية ، أنَّه يَرُدُّ على الغاصِبِ ما أنْفَقَ مِن البَذْرِ[8] ، ومُؤْنَةِ الزَّرْعِ فى الحَرْثِ والسَّقْىِ ، وغيرِه . وهذا الذى ذَكَرَهُ القاضى . وهو[9] ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وظاهِرُ الحَدِيثِ ، لقولِه عليه السَّلَامُ : « عَلَيْهِ نَفَقَتُه » . وقِيمَةُ الشىءِ لا تُسَمَّى نَفَقةً له . والحَدِيثُ مَبْنِىٌّ على هذه المَسْأَلَةِ ؛ فإنَّ أحْمدَ إنَّما ذَهَبَ إلى هذا الحُكْمِ[7] اسْتِحْسَانًا ، على خِلَافِ القِيَاسِ ، فإنَّ القِيَاسَ أنَّ الزَّرْعَ لِصاحِبِ البَذْرِ[8] ؛ لأنَّه نَماءُ عَيْنِ مالِه ، فأشْبَه ما لو غَصَبَ دَجَاجَةً فحَضَنَتْ بَيْضًا له . أو طَعَامًا فعَلَفَهُ دَوَابَّ له ، كان / النَّماءُ له . وقد صَرَّحَ به أحمدُ ، فقال : هذا شىءٌ لا يُوَافِقُ القِيَاسَ ، أسْتَحْسِنُ أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَتَه ؛ للأثَرِ . ولذلك جَعَلْنَاهُ لِلْغَاصِبِ إذا اسْتُحِقَّتِ الأرْضُ بعدَ أخْذِ الغاصِبِ له ، وإذا كان العَمَلُ بالحَدِيثِ ، فيَجِبُ أن يُتَّبَعَ مَدْلُولُه .

٥/٨ظ

---

(٦) فى م : « فيه » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ب ، م : « البذرة » .

(٩) فى الأصل ، م : « وهذا » .

فصل : فإن كان الزَّرْعُ ممَّا يَبْقَى أُصولُه فى الأَرْضِ ، ويُجَزُّ مَرَّةً بعدَ أُخْرَى كالرَّطْبَةِ والنَّعْنَاعِ ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه[10] ماذَكَرْنا ؛ لِدُخُولِه فى عُمُومِ الزَّرْعِ ، لأنَّه ليس له فَرْعٌ قَوِيٌّ ، فأَشْبَهَ الحِنْطَةَ والشَّعِيرَ . واحْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه[10] حُكْمَ الغَرْسِ ؛ لِبَقَاءِ أصْلِه[11] وتَكَرُّرِ أَخْذِه ، ولأنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِى أن يَثْبُتَ لكلِّ زَرْعٍ مثلُ حُكْمِ الغَرْسِ ، وإنَّما تُرِكَ فيما تَقِلُّ مُدَّتُه للأَثَرِ ، ففيما عَدَاهُ يَبْقَى على قَضِيَّةِ القِيَاسِ .

فصل : وإن غَصَبَ أَرْضًا فغَرَسَها فأَثْمَرَتْ ، فأَدْرَكَها رَبُّها بعدَ أَخْذِ الغاصِبِ ثَمَرَتَها ، فهى له . وإن أَدْرَكَها والثَّمَرَةُ فيها ، فكذلك ؛ لأَنَّها ثَمَرَةُ شَجَرِه ، فكانتْ له ، كما لو كانتْ فى أَرْضِه ، ولأَنَّها نَمَاءُ أَصْلٍ مَحْكُومٍ به لِلْغَاصِبِ ، فكان له ، كأَغْصَانِها وَوَرَقِها . ولَبَنِ الشَّاةِ وَوَلَدِها . وقال القاضى : هى لِمَالِكِ الأَرْضِ إن أَدْرَكَها فى الغِرَاسِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى رِوَايَةِ عَلِىِّ بن سَعِيدٍ : إذا غَصَبَ أَرْضًا فغَرَسَها ، فالنَّماءُ لِمَالِكِ الأَرْضِ . قال القاضى : وعليه من النَّفَقَةِ ما أَنْفَقَهُ الغارِسُ من مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ فى مَعْنَى الزَّرْعِ فكانتْ[12] لِصَاحِبِ الأَرْضِ إذا أَدْرَكَهُ قائِمًا فيها ، كالزَّرْعِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ أحمدَ قد صَرَّحَ بأنَّ أَخْذَ رَبِّ الأَرْضِ الزَّرْعَ شىءٌ لا يُوافِقُ القِيَاسَ ، وإنَّما صَارَ إليه للأَثَرِ ، فيَخْتَصُّ الحُكْمُ به ، ولا يُعَدَّى إلى غيرِه ، ولأنَّ الثَّمَرَةَ تُفَارِقُ الزَّرْعَ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ الزَّرْعَ نَمَاءُ الأَرْضِ ، فكان لِصَاحِبِها ، والثَّمَرةُ نَمَاءُ الشَّجَرِ . فكان لِصَاحِبِه . الثانى ، أنَّه يَرُدُّ عِوَضَ الزَّرْعِ الذى[13] أَخَذَه ، مثل البَذْرِ الذى نَبَتَ منه الزَّرْعُ ، مع ما أَنْفَقَ عليه ، ولا يُمْكِنُه مثلُ ذلك فى الثَّمَرِ .

فصل : وإن غَصَبَ شَجَرًا فأَثْمَرَ ، فالثَّمرُ لِصاحِبِ الشَّجَرِ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه نَمَاءُ مِلْكِه ، ولأنَّ الشَّجَرَ عَيْنُ مِلْكِه نَمَا وزَادَ ، فأَشْبَهَ ما لو طَالَتْ أَغْصَانُه . وعليه

(١٠ - ١٠) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١١) فى م : « أصوله » .

(١٢) فى ب ، م : « فكان » .

(١٣) فى الأصل : « إذا » .

رَدُّ الثَّمَرِ إن كان بَاقِيًا ، وإن كان تَالِفًا فعليه بَدَلُه . وإن كان رُطَبًا فصَارَ تَمْرًا ، أو عِنَبًا فصار زَبِيبًا ، فعليه رَدُّهُ وأَرْشُ نَقْصِه إن نَقَصَ ، وليس له شيءٌ بِعَمَلِه فيه ، وليس /لِلشَّجَرِ أُجْرَةٌ ؛ لأنَّ أُجْرَتَها لا تجوزُ فى العُقُودِ ، فكذلك فى الغَصْبِ ، ولأنَّ نَفْعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَةُ الثَّمَرِ وإِخْرَاجُه ، وقد عَادَتْ هذه المَنَافِعُ إلى المالِكِ . ولو كانت ماشِيَةً ، فعليه ضَمَانُ وَلَدِها إن وَلَدَتْ عندَه ، ويَضْمَنُ لَبَنَها بمِثْلِهِ ؛ لأنَّه من ذَوَاتِ الأَمْثالِ ، ويَضْمَنُ أَوْبَارَها وأَشْعَارَها بمِثْلِه ، كالقُطْنِ .

٥/٩و

فصل : وإذا غَصَبَ أَرْضًا ، فحُكْمُها فى جَوَازِ دُخُولِ غيرِه إليها حُكْمُها[١٤] قبلَ الغَصْبِ . فإن كانت مُحَوَّطَةً ، كالدَّارِ والبُسْتَانِ المُحَوَّطِ ، لم يَجُزْ لغيرِ مالِكِها دُخُولُها ؛ لأنَّ مِلْكَ مَالِكِها لم يَزُلْ عنها ، فلم يَجُزْ دُخُولُها بغيرِ إِذْنِه ، كما لو كانتْ فى يَدِه . قال أحمدُ ، فى الضَّيْعَةِ تَصِيرُ غَيْضَةً فيها سَمَكٌ : لا يَصِيدُ فيها أحَدٌ إلَّا بإِذْنِهم . وإن كانت صَحْرَاءَ ، جازَ الدُّخُولُ فيها ورَعْىُ حَشِيشِها . قال أحمدُ : لا بَأْسَ بِرَعْيِ الكَلأِ فى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ ؛ وذلك لأنَّ الكَلأَ لا يُمْلَكُ بِمِلْكِ الأَرْضِ . ويَتَخَرَّجُ فى كل واحِدَةٍ من الصُّورَتَيْنِ مثلُ حُكْمِ الأُخْرَى . قِيَاسًا لها عليها . ونَقَلَ عنه المَرُّوذِيُّ ، فى رَجُلٍ والِدَاهُ فى دَارٍ طَوَابِيقُها غَصْبٌ . لا يَدْخُلُ على والِدَيْه ، وذلك لأنَّ دُخُولَهُ عليهما تَصَرُّفٌ فى الطَّوَابِيقِ المَغْصُوبَةِ . ونَقَلَ عنه الفَضْلُ بنُ عبد الصَّمَدِ[١٥] ، فى رَجُلٍ له إِخْوَةٌ فى أَرْضٍ غَصْبٍ : يَزُورُهم ويُرَاوِدُهم على الخُرُوجِ ، فإن أَجَابُوه ، وإلَّا لم يُقِمْ معَهم ، ولا يَدَعُ زِيَارَتَهم . يعنى يَزُورُهم بحيث يأْتِى بابَ دَارِهِم ، ويَتَعَرَّفُ أَخْبَارَهم ، ويُسَلِّمُ عليهم ، ويُكَلِّمُهم ، ولا يَدْخُلُ إليهم . ونَقَلَ المَرُّوذِيُّ عنه : أَكْرَهُ المَشْىَ على العَبَّارَةِ التى يَجْرِى فيها الماءُ . وذلك لأنَّ العَبَّارَةَ وُضِعَتْ لِعُبُورِ الماءِ ، لا لِلْمَشْيِ عليها ، ورُبَّما كان المَشْىُ عليها يَضُرُّ بها . وقال أحمدُ : لا يَدْفِنُ فى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ ؛ لما فى

---

(١٤) فى الأصل : « حكم ما » .

(١٥) أبو يحيى الفضل بن عبد الصمد الأصفهانى ، رجل جليل ، عنده جزء من مسائل الإمام أحمد ، لزم طرسوس ، ومات فى الأسر بعد سنة إحدى وسبعين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ٢٥٤ .

ذلك من التَّصرُّف فى أَرْضِهِم بغيرِ إِذْنِهِم . وقال أحمدُ ، فى مَن ابْتاعَ طعَامًا مِن مَوْضِعِ غَصْبٍ ، ثم عَلِمَ : رَجَعَ إلى المَوْضِعِ الذى أخذَهُ منه ، فردَّه . ورُوِىَ عنه ، أنَّه قال : يَطْرَحُه . يَعْنِى على مَن ابْتاعَهُ منه ؛ وذلك لأنَّ قُعُودَه فيه حَرَامٌ ، مَنْهِىٌّ عنه ، فكان البَيْعُ فيه مُحَرَّمًا ، ولأنَّ الشِّراءَ ممَّن يَقْعُدُ فى المَوْضِعِ المُحَرَّمِ يَحْمِلُهم على القُعُودِ والبَيْعِ فيه ، وتَرْكُ الشِّراءِ منهم (16)يَمْنَعُهم من(16) القُعُودِ . وقال : لا يَبْتاعُ من الخاناتِ التى فى الطُّرُقِ ، إلَّا أن لا يَجِدَ غيرَه . كأنَّه بمَنْزِلَةِ / المُضْطَرِّ . وقال فى السُّلْطانِ إذا بَنَى دارًا ، وجَمَعَ النَّاسَ إليها : أكْرَهُ الشِّرَاءَ منها . وهذا إن شاء الله تعالى على سَبِيلِ الوَرَعِ ، لما فيه من الإعَانةِ على الفِعْلِ المُحَرَّمِ ، والظَّاهِرُ صِحَّةُ البَيْعِ ؛ لأنَّه إذا صَحَّتِ الصَّلَاةُ فى الدَّارِ المَغْصُوبَةِ ، فى رِوَايَةٍ ، وهى عِبادَةٌ ، فما ليس بِعبادَةٍ أَوْلَى . وقال فى مَن غَصَبَ ضَيْعَةً ، وغُصِبَتْ من الغاصِبِ ، فأرَادَ الثانى رَدَّهَا : جَمَعَ بينهما . يَعْنِى بين مَالِكِها والغاصِبِ الأَوَّلِ . وإن ماتَ بعضُهم ، جَمَعَ وَرَثَتَه . إنَّما قال هذا احْتِياطًا ، خَوْفَ التَّبعَةِ من الغاصِبِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه رُبَّما طَالَبَ بها ، وادَّعاها مِلْكًا باليَدِ ، وإلَّا فالوَاجِبُ رَدُّهَا على مَالِكِها . وقد صَرَّح بهذا فى رِوَايةِ عبدِ الله ، فى رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفًا ، فجاءَ رَجُلٌ إلى المُسْتَوْدَعِ ، فقال : إن فُلَانًا غَصَبَنِى الأَلْفَ الذى اسْتَوْدَعَكَهُ . وصَحَّ ذلك عند المُسْتَوْدَعِ ، فإن لم يَخَف التَّبِعَةَ ، وهو أن يَرْجِعُوا به عليه ، دَفَعَهُ إليه .

٩/٥ ظ

٨٦٤ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا ، أو أَمَةً ، وقِيمَتُه مائةٌ ، فزَادَ فى بَدَنِه ، أو بتَعَلُّمٍ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُه مِائَتَيْنِ ، ثُمَّ نَقَصَ بنُقْصَانِ بَدَنِه ، أو نِسْيانِ مَا عُلِّمَ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُه مِائةً ، أخَذَهُ السَّيِّدُ ، وأخَذَ مِنَ الْغاصِبِ مِائَةً**)

وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجِبُ عليه عِوَضُ الزِّيادَةِ ، إلَّا أن

(16–16) فى ب ، م : « يمنع » .

يُطَالَبَ بِرَدِّها زَائِدَةً ، فلا يَرُدُّهَا ؛ لأنَّه رَدَّ العَيْنَ كما أخَذَها ، فلم يَضْمَنْ نَقْصَ قِيمَتِها ، كَنَقْصِ سِعْرِهَا . ولَنا ، أنَّها زِيَادَةٌ فى نَفْسِ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَ الغَاصِبَ ضَمَانُها ، كما لو طَالَبَهُ بِرَدِّها فلم يَفْعَلْ . وفارَقَ زِيَادَةَ السِّعْرِ ، فإنَّها[1] لو كانت مَوْجُودَةً حالَ الغَصْبِ ، لم يَضْمَنْها ، والصِّنَاعَةُ إن لم تَكُنْ مِن عَيْنِ المَغْصُوبِ ، فهى صِفَةٌ فيه ، ولذلك يَضْمَنُها إذا طُولِبَ بِرَدِّ العَيْنِ (2وهى مَوْجُودَةٌ فلم يَرُدَّها2) ، وأَجْرَيْنَاهَا هى والتَّعَلُّمَ مُجْرَى السِّمَنِ الذى هو عَيْنٌ ؛ لأنَّها صِفَةٌ تَتْبَعُ العَيْنَ ، وأَجْرَيْنَا الزِّيَادَةَ الحادِثَةَ فى يَدِ الغاصِبِ مُجْرَى الزِّيَادَةِ المَوْجُودَةِ حالَ الغَصْبِ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ فى العَيْنِ المَمْلُوكَةِ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فتكونُ مَمْلُوكَةً له أيضا ؛ لأنَّها تَابِعَةٌ لِلْعَيْنِ . فأمَّا إن غَصَبَ العَيْنَ سَمِينَةً ، أو ذَاتَ صِنَاعَةٍ ، أو تَعَلَّمِ القُرْآنِ ونحوه ، فهَزَلَتْ ونَسِيَتْ فنَقَصَتْ قِيمَتُها ، فعليه ضَمَانُ نَقْصِها . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّها نَقَصَتْ عن حال غَصْبِها نَقْصًا أثَّرَ فى قِيمَتِها ، فوَجَبَ ضَمانُه[3] ، كما لو أذْهَبَ عُضْوًا من أعْضَائِها .

١٠/٥و **فصل** : إذا غَصَبَها وقِيمَتُها مائةٌ / فسَمِنَتْ ، فبَلَغَتْ قِيمَتُها ألْفًا ، ثم تَعَلَّمَتْ صِنَاعَةً ، (4فبَلَغَتْ ألْفَيْنِ ، ثم هَزَلَتْ ونَسِيَتْ ، فعَادَتْ قِيمَتُها إلى مائةٍ ، رَدَّها ورَدَّ ألْفًا وتِسْعَمائة . وإن بَلَغَتْ بالسِّمَنِ ألْفًا4) ، ثم هَزَلَتْ فبَلَغَتْ مائةً ، ثم تَعَلَّمَتْ فبَلَغَتْ ألْفًا ، ثم نَسِيَتْ فعَادَتْ إلى مائةٍ ، رَدَّها ورَدَّ ألْفًا وثَمَانِمائة ؛ لأنَّها نَقَصَتْ بالهُزَالِ تِسْعَمائة ، وبالنِّسْيَانِ تِسْعَمائة . وإن سَمِنَتْ فبَلَغَتْ ألْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، ثم تَعَلَّمَتْ فعادَتْ إلى ألْفٍ ، رَدَّها وتِسْعَمائة ؛ لأنَّ زَوَالَ الزِّيَادَةِ الأُولَى أوْجَبَ الضَّمَانَ ، ثم حَدَثَتْ زِيَادَةٌ أُخْرَى مِن وَجْهٍ آخَرَ على مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ مِلْكُ الإنْسَانِ بمِلْكِه . وأمَّا إذا بَلَغَتْ بالسِّمَنِ ألْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، ثم

---

(1) فى الأصل : « لأنها » .
(2 – 2) سقط من : الأصل .
(3) فى ب ، م : « ضمانها » .
(4 – 4) مكان هذا فى الأصل : « فتلفت العين » .

سَمِنَتْ فعادَتْ إلى ألْفٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَرُدُّها زائِدَةً ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيادَةِ الأُولَى ، كما لو كانا من جِنْسَيْنِ ، فإنَّ مِلْكَ الإنْسانِ لا يَنْجَبِرُ بمِلْكِه ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ الثانيةَ غيرُ الأُولَى . فعلى هذا إن هَزَلَتْ مَرَّةً ثانيةً ، فعادَتْ إلى مائةٍ ، ضَمِنَ النَّقْصَيْنِ بألْفٍ وثَمانِمائة . والوَجْهُ الثانى ، أنَّه إذا رَدَّها سَمِينَةً ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّه عادَ ما ذَهَبَ ، فأشْبَه ما لو مَرِضَتْ فنَقَصَتْ ، ثم عُوفِيَتْ ، أو نَسِيَتْ صِناعَةً ثم تَعَلَّمَتْها ، أو أبَقَ العَبْدُ ثم عَادَ . وفارَقَ ما إذا زَادَتْ من جِهَةٍ أُخْرَى ؛ فإنَّه لم يَعُدْ ما ذَهَبَ . وهذا الوَجْهُ ، أقْيَسُ ؛ لما ذَكَرْنا من شَوَاهِدِه . فعلى هذا لو سَمِنَتْ بعدَ الهُزَالِ ، (٥ولم تَبْلُغْ٥) قِيمَتُها إلى ما بَلَغَتْ فى السِّمَنِ الأوَّلِ ، أو زَادَتْ عليه ، ضَمِنَ أكْثَرَ الزِّيادَتَيْنِ ، وتَدْخُلُ الأُخْرَى فيها . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ يَضْمَنُهما جَمِيعًا . فأمَّا إن زَادَتْ بالتَّعْلِيمِ أو الصِّناعَةِ ، ثم نَسِيَتْ ، ثم تَعَلَّمَتْ ما نَسِيَتْهُ ، فعادَتِ القِيمَةُ الأُولَى ، لم يَضْمَنِ النَّقْصَ الأوَّلَ ؛ لأنَّ العِلْمَ الثانى هو الأوَّلُ ، فقد عَادَ ما ذَهَبَ . وإن تَعَلَّمَتْ(٦) عِلْمًا آخَرَ ، أو صِناعَةً أُخْرَى ، فهو كعَوْدِ السِّمَنِ ، فيه وَجْهَانِ . ذَكَرَ هذا القاضى ، وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : متى زَادَتْ ، ثم نَقَصَتْ ، ثم زادَتْ مثلَ الزِّيادَةِ الأُولَى ، ففى ذلك وَجْهانِ ، سواءٌ كانا من جِنْسٍ كالسِّمَنِ مَرَّتَيْنِ ، أو من جِنْسَيْنِ كالسِّمَنِ والتَّعْلِيمِ . والأوَّلُ أوْلَى .

فصل : وإن مَرِضَ المَغْصُوبُ ثم بَرَأَ ، أو ابْيَضَّتْ عَيْنُه ثم ذَهَبَ بَيَاضُهَا ، أو غَصَبَ جارِيَةً حَسْناءَ فسَمِنَتْ سِمَنًا نَقَصَها ، ثم خَفَّ سِمَنُها فعادَ / حُسْنُها وقِيمَتُها ‏٥/١٠ ظ رَدَّها ولا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه لم يَذْهَبْ مالَهُ قِيمَةٌ ، والعَيْبُ الذى أوْجَبَ الضَّمانَ زَالَ فى يَدَيْهِ . كذلك لو حَمَلَتْ فنَقَصَتْ ، ثم وَضَعَتْ فزالَ نَقْصُها ، لم يَضْمَنْ شيئا . فإن رَدَّ المَغْصُوبَ ناقِصًا بمَرَضٍ ، أو عَيْبٍ ، أو سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، أو حَمْلٍ ، فعليه أرْشُ نَقْصِه ، فإن زَالَ عَيْبُه فى يَدَىْ مالِكِه ، لم يَلْزَمْهُ رَدُّ ما أخَذَ من أرْشِه ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ ضَمَانُه برَدِّ(٧)

(٥ – ٥) فى : « وبلغت » .

(٦) فى الأصل : « تعلم » .

(٧) فى الأصل : « برده » .

المَغْصُوبِ . وكذلك إن أخذَ المغْصُوبَ دُونَ أَرْشِهِ ، ثم زالَ العَيْبُ قبلَ أخْذِ أَرْشِهِ ، لم يَسْقُطْ ضَمَانُه ؛ لذلك .

فصل : زَوَائِدُ الغَصْبِ فى يَدِ الغاصِبِ مَضْمُونَةٌ ضَمَانَ الغَصْبِ ، مثل السِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ الصِّنَاعَةِ[8] ، وغيرها ، وثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ[9] ، ووَلَدِ الحَيَوانِ ، متى تَلِفَ شىءٌ منه فى يَدِ الغاصِبِ ضَمِنَهُ ، سواءٌ تَلِفَ مُنْفَرِدًا ، أو تَلِفَ مع أَصْلِه . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجِبُ ضَمَانُ زَوَائِدِ الغَصْبِ ، إلَّا أن يُطَالَبَ بها فيَمْتَنِعُ من أَدَائِها ؛ لأنَّها غيرُ مَغْصُوبَةٍ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُها ، كالوَدِيعَةِ ، ودَلِيلُ عَدَمِ الغَصْبِ أنه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، وثُبُوتُ يَدِه على هذه الزَّوائِدِ ليس من فِعْلِه ؛ لأنَّه انْبَنَى على وُجُودِ الزَّوائِد فى يَدِه ، وَوُجُودُها ليس بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ منه . ولَنا ، أنَّه مالُ المَغْصُوبِ منه ، حَصَلَ فى[10]يَدِ الغاصِبِ[10] بالغَصْبِ ، فيَضْمَنُه بالتَّلَفِ ، كالأَصْلِ . وقولُهم : إن إثْبَاتَ يَدِه ليس من فِعْلِه . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه بإمْسَاكِ الأمِّ تَسَبَّبَ إلى إثْبَاتِ يَدِه على هذه الزَّوائِدِ ، وإثْبَاتُ يَدِه على الأُمِّ مَحْظُورٌ .

فصل : وليس على الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ القِيمَةِ الحاصِلِ بتَغَيُّرِ الأَسْعَارِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ جُمْهُورِ العُلَماءِ . وحُكِىَ عن أبى ثَوْرٍ ، أنَّه يَضْمَنُه ؛ لأنَّه يَضْمَنُه إذا تَلِفَتِ العَيْنُ ، فيَلْزَمُه إذا رَدَّهَا ، كالسِّمَنِ . ولَنا ، أنَّه رَدَّ العَيْنَ بحَالِها ، لم يَنْقُصْ منها عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ، فلم يَلْزَمْهُ شىءٌ ، كما لو لم تَنْقُصْ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه يَضْمَنُها مع تَلَفِ العَيْنِ ، وإن سَلَّمْنَا فلأنَّهُ وَجَبَتْ قِيمَةُ العَيْنِ أَكْثَرَ ما كانت قِيمَتُها ، فدَخَلَتْ فى التَّقْوِيمِ ، بخِلَافِ ما إذا رَدَّهَا ؛ فإنَّ القِيمَةَ لا تَجِبُ ، ويُخَالِفُ السِّمَنَ ، فإنَّه من عَيْنِ المَغْصُوبِ ، والعِلْمُ بالصِّنَاعَةِ صِفَةٌ فيها ، وههُنا لم تَذْهَبْ عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ؛ ولأنَّه لا حَقَّ لِلْمَغْصُوبِ منه فى القِيمَةِ مع بَقَاءِ العَيْنِ ، وإنَّما حَقُّه فى العَيْنِ ، وهى باقِيَةٌ كلُّها كما

---

(8) فى الأصل : « الصنعة » .

(9) فى الأصل : « الشجر » .

(10 - 10) فى ب ، م : « يده » .

كانت ، ولأنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُ ما غَصَبَ ، والقِيمَةُ لا تَدْخُلُ فى الغَصْبِ ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَيْنِ ، فإنَّها مَغْصُوبَةٌ وقد ذَهَبَتْ .

/ فصل : ولو غَصَبَ شيئًا فشَقَّهُ نِصفَيْنِ ، وكان ثَوْبًا يَنْقُصُه القَطْعُ ، رَدَّهُ وأَرْشَ نَقْصِه ، فإن تَلِفَ أحدُ النِّصْفَيْنِ ، رَدَّ الباقِى وقِيمَةَ التَّالِفِ ، [11]وأرْشَ النَّقْصِ ، وإن لم يَنْقُصْهُ القَطْعُ ، رَدَّ الباقِىَ وقِيمَةَ التَّالِفِ[11] لا غيرُ . وإن كانا باقِيَيْنِ[12] ، رَدَّهُما ولا شىءَ عليه سِوَى ذلك . وإن غَصَبَ شَيْئَيْنِ يَنْقُصُهُما التَّفْرِيقُ ، كزَوْجَىْ خُفٍّ ، ومِصْرَاعَىْ بابٍ ، فتَلِفَ أحدُهما ، رَدَّ الباقِىَ ، وقِيمَةَ التَّالِفِ وأَرْشَ نَقْصِهِما . فإذا كانت قِيمَتُهما سِتَّةَ دَرَاهِم ، فتَلِفَ أحدُهما ، فصارَتْ قِيمَةُ الباقِى دِرْهَمَيْنِ ، رَدَّ الباقِىَ وأَرْبَعَةَ دَرَاهِم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه[13] لا يَلْزَمُه إلَّا قِيمَةُ التَّالِفِ مع رَدِّ الباقِى . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَتْلَفْ غيرُه ، ولأنَّ نَقْصَ الباقِى نَقْصُ قِيمَةٍ ، فلا يَضْمَنُه ، كالنَّقْصِ بتَغَيُّرِ الأسْعارِ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ بجِنَايَتِه ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه ، كَشَقِّ الثَّوْبِ الذى يَنْقُصُه الشَّقُّ إذا أُتْلِفَ أحَدَ شِقَّيْه ، بخِلَافِ نَقْصِ السِّعْرِ ، فإنَّه لم يَذْهَبْ من المَغْصُوبِ عَيْنٌ ولا مَعْنًى ، وهٰهُنا فَوَّتَ مَعْنًى ، وهو إمْكانُ الانْتِفَاعِ به ، وهذا هو المُوجِبُ لِنَقْصِ قِيمَتِه ، وهو حاصِلٌ من جِهَةِ الغاصِبِ ، فيَنْبَغِى أن يَضْمَنَه ، كما لو فَوَّتَ بَصَرَهُ أو سَمْعَه أو عَقْلَه ، أو فَكَّ تَرْكِيبَ بابٍ ونحوِه .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا ، فلَبِسَه فأَبْلاهُ ، فنَقَصَ نِصْفُ قِيمَتِه ، ثم غَلَتِ الثِّيَابُ ، فعادَتْ لذلك قِيمَتُه ، كما كانت ، لِزَمَهُ رَدُّهُ وأَرْشُ نَقْصِه ، فلو غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، فنَقَصَهُ لُبْسُه حتى صارَتْ قِيمَتُه خَمْسَةً ، ثم زادَتْ قِيمَتُه فصارَتْ عَشَرَةً ، رَدَّهُ ورَدَّ خَمْسَةً ؛ لأنَّ ما تَلِفَ قبلَ غَلَاءِ الثَّوْبِ ثَبَتَتْ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ خَمْسَة ، فلا يُعْتَبَرُ[14] ذلك

(11 - 11) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(12) فى الأصل : « ناقصين » .

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « يتعين » .

بِغَلَاءِ الثَّوْبِ ولا رُخْصِه ، وكذلك لو رَخُصَتِ الثِّيَابُ ، فصارَتْ قِيمَتُها[١٥] ثلاثَةً ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ إلَّا خَمْسَةٌ ، مع رَدِّ الثَّوْبِ . ولو تَلِفَ الثَّوْبُ كلُّه ، وقِيمَتُه عَشَرَةٌ ، ثم غَلَتِ الثِّيَابُ فصارَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ عِشْرِينَ ، لم يَضْمَنْ إلَّا عَشَرَةً ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ عَشَرَة ، فلا تَزْدَادُ بِغَلَاءِ الثِّيَابِ ، ولا تَنْقُصُ بِرُخْصِهَا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا أو زوليًّا[١٦] ، فذَهَبَ بعضُ أَجْزَائِه ، كخَمْلِ المِنْشَفَةِ ، وزِئْبَرَةِ الثَّوْبِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه . وإن أقَامَ عندَه مُدَّةً لِمِثْلِها أُجْرَةٌ ، لَزِمَهُ أَجْرُه ، سواءٌ اسْتَعْمَلَهُ أو تَرَكَهُ . وإن اجْتَمَعَا ، مثل أن أقَامَ عندَه مُدَّةً ، فذَهَبَ بعضُ أجْزَائِه ، فعليه ضَمَانُهما معا ، الأَجْرُ وأَرْشُ النَّقْصِ ، سواءٌ كان ذَهَابُ الأَجْزاءِ بالاسْتِعْمالِ أو بغيرِه .

١١/٥ ظ وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : / إن نَقَصَ بغيرِ الاسْتِعْمالِ ، كثَوْبٍ يَنْقُصُه النَّشْرُ ، فنَقَصَ بِنَشْرِه ، وبَقِىَ عنده مُدَّةً ، ضَمِنَ الأَجْرَ والنَّقْصَ ، وإن كان النَّقْصُ من جِهَةِ الاسْتِعْمالِ ، كثَوْبٍ لَبِسَهُ وأَبْلَاهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، يَضْمَنُهما معا . والثانى ، يَجِبُ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ من الأَجْرِ وأَرْشِ النَّقْصِ ؛ لأنَّ ما نَقَصَ من الأَجْزَاءِ فى مُقَابَلَةِ الأَجْرِ ، ولذلك لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ تلك الأَجْزَاء ، ويَتَخَرَّجُ لنا مِثْلُ ذلك . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَنْفرِدُ بالإيجابِ عن صَاحِبِه ، فإذا اجْتَمَعَا وجَبَا ، كما لو أقَامَ فى يَدِه مُدَّةً ثم تَلِفَ ، والأُجْرَةُ تَجِبُ فى مُقَابَلَةِ ما يَفُوتُ من المَنَافِعِ ، لا فى مُقَابَلَةِ الأَجْزَاءِ ، ولذلك يَجِبُ الأَجْرُ وإن لم تَفُتِ الأَجْزَاءُ ، وإن لم يكُنْ لِلْمَغصُوبِ أَجْرٌ ، كَثَوْبٍ غيرِ مَخِيطٍ ، فلا أَجْرَ على الغاصِبِ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِه لا غيرُ .

فصل : وإذا نَقَصَ المَغْصُوبُ عندَ الغاصِبِ ، ثم بَاعَهُ فتَلِفَ عند المُشْتَرِى ، فله أن يُضَمِّنَ مَن شاءَ منهما ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أكثَرَ ما كانت من حين الغَصْبِ إلى حين التَّلَف ؛ لأنَّه فى ضَمَانِه من حينِ غَصْبِه إلى يومِ[١٧] تَلِفَ ، وإن ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ

---

(١٥) فى الأصل : « قيمته » .

(١٦) الزولى : لم نجده . ولعله نوع من الثياب أو الفرش .

(١٧) فى ب : « حين » .

ضَمَّنَهُ قِيمَتَه أكْثَرَ ما كانت من حين قَبْضِه إلى حين تَلَفِه ؛ لأنَّ ما قبلَ القَبْضِ لم يَدْخُلْ فى ضَمَانِه . وإن كان له أُجْرَةٌ ، فله الرُّجُوعُ على الغاصِبِ بجَمِيعِها ، وإن شاءَ رَجَعَ على المُشْتَرِى بأَجْرِ مُقَامِه فى يَدِه[18] ، والباقِى على الغاصِبِ . والكلامُ فى رُجُوعِ كل واحِدٍ منهما على صَاحِبِه نَذْكُرُه فيما بعدُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وإذا غَصَبَ حِنْطَةً فطَحَنَها ، أو شاةً فذَبَحَها وشَوَاهَا ، أو حَدِيدًا فعَمِلَهُ سَكَاكِينَ أو أَوَانِىَ[19] ، أو خَشَبَةً فنَجَرَهَا بَابًا أو تَابُوتًا ، أو ثَوْبًا فقَطَعَهُ وخَاطَهُ ، لم يَزُلْ مِلْكُ صَاحِبِه عنه ، ويَأْخُذُه وأَرْشَ نَقْصِه إن نَقَصَ ، ولا شىءَ للغاصِبِ فى زِيَادَتِه ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ فى هذه المَسَائِلِ كلِّها : يَنْقَطِعُ حَقُّ صَاحِبِها عنها ، إلَّا أنَّ الغاصِبَ لا يجوزُ له التَّصرُّف فيها إلَّا بالصَّدَقَةِ ، إلَّا أن يَدْفَعَ قِيمَتَها فيَمْلِكَها ويَتَصرَّفَ فيها كيف شاءَ . ورَوَى محمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ ، ما يَدُلُّ على أنَّ الغاصِبَ يَمْلِكُها بالقِيمَةِ ، إلَّا أنَّه قولٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عنه ، فإنَّ محمدًا ماتَ قبل أبى عبدِ الله بنحوٍ من عِشْرِينَ سَنَةً . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ ، زَارَ قَوْمًا من الأَنْصارِ فى دَارِهِم ، فقَدَّمُوا إليه شاةً مَشْوِيَّةً / فتَنَاوَلَ منها لُقْمَةً ، فجَعَلَ يَلُوكُها ولا يَسِيغُها ، فقال : « إنَّ هٰذِهِ الشّاةَ لَتُخْبِرُنِى أنَّها أُخِذَتْ بِغَيْرِ وَجْهِ[20] حَقٍّ » . فقالوا : نعم يا رسولَ الله ، طَلَبْنَا فى السُّوقِ فلم نَجِدْ ، فأَخَذْنَا شاةً لبعضِ[21] جيرَانِنَا ، ونحن نُرْضِيهِم من ثَمَنِها . فقال النبىُّ ﷺ : « أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[22] بنحوٍ من هذا . وهذا يَدُلُّ على[23] أن حَقَّ أصْحَابِها انْقَطَعَ عنها ، ولولا ذلك لأَمَرَ بِرَدِّها

١٢/٥ و

---

(١٨) فى الأصل : « يديه » .

(١٩) فى م : « وأوانى » .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) فى م زيادة : « الأنصار » .

(٢٢) فى : باب فى اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢١٩ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٩٣ .

(٢٣) سقط من : م .

عليهم . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مالِ المَغْصُوبِ منه قائِمَةٌ ، فلَزِمَ رَدُّها إليه ، كما لو ذَبَحَ الشاةَ ولم يَشْوِهَا ، ولأنَّه لو فَعَلَهُ بمِلْكِه لم يَزُلْ عنه ، فإذا فَعَلَهُ بمِلْكِ غيرِه لم يَزُلْ عنه ، كما لو ذَبَحَ الشاةَ ، أو ضَرَبَ النُّقْرَةَ دَرَاهِمَ ، ولأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ إذا كان بغير فِعْلِ آدَمِيٍّ ، فلم يُزِلْهُ إذا فَعَلَهُ آدَمِيٌّ ، كالذى ذَكَرْناه ، فأمَّا الخَبَرُ فليس بمَعْرُوفٍ كما رَوَوْهُ ، وليس فى رِوَايَةِ أبى دَاوُدَ : « ونحن نُرْضِيهِمْ [٢٤] مِن ثَمَنِها [٢٤] » . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا شىءَ للغاصِبِ بعَمَلِه ، سواءٌ زَادَتِ العَيْنُ أو لم تَزِدْ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّ الغاصِبَ يُشَارِكُ المالِكَ بالزِّيَادَةِ ؛ لأنَّها حَصَلَتْ [٢٥] بمَنَافِعِه ، ومَنَافِعُه أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأَعْيَانِ ، فأشْبَهَ ما لو غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ . ذَكَرَهُ أبو بكرٍ ، والقاضى ؛ لأنَّ الغاصِبَ عَمِلَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَسْتَحِقَّ لذلك عِوَضًا ، كما لو أَغْلَى زَيْتًا فزَادَتْ قِيمَتُه ، أو بَنَى حائِطًا لغيرِه ، أو زَرَعَ حِنْطَةَ إنْسَانٍ فى أَرْضِه ، وسائر عَمَلِ الغاصِبِ . فأمَّا صَبْغُ الثَّوْبِ ، فإنَّ الصّبْغَ عَيْنُ مالٍ ، لا يَزُولُ مِلْكُ صاحِبِه عنه بجَعْلِه مع مِلْكِ غيرِه ، [٢٦] وهذا حُجَّةٌ عليه ؛ لأنَّه إذا لم يَزُلْ مِلْكُه عن صَبْغِه بجَعْلِه فى مِلْكِ غيرِه [٢٦] ، وجَعْلِه كالصِّفَةِ ، فلأَنْ لا يَزُولَ مِلْكُ غيرِه بعَمَلِه فيه أَوْلَى ، فإن احْتَجَّ بأنَّ من زَرَعَ فى أَرْضِ غيرِه يَرُدُّ عليه نَفَقَتَه ، قُلْنا : الزَّرْعُ مِلْكٌ للغاصِبِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، ونَفَقَتُه عليه تَزْدَادُ به قِيمَتُه ، فإذا أخَذَه مالِكُ الأَرْضِ ، احْتَسَبَ له بما أَنْفَقَ على مِلْكِه ، وفى مَسْأَلَتِنا عَمِلُه فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه بغيرِ إذْنِه ، فكان لاغِيًا ، على أنَّنا نقولُ : إنَّما تَجِبُ قِيمَةُ [٢٦] الزَّرْعِ على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . فأمَّا إن نَقَصَتِ العَيْنُ دون القِيمَةِ ، رَدَّ المَوْجُودَ وقِيمَةَ [٢٦] النَّقْصِ ، وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ ، ضَمِنَهُما معا ، كالزَّيْتِ إذا غَلَاهُ . وهكذا القولُ فى كلِّ ما تَصَرَّفَ فيه ، مثل نُقْرَةٍ ضَرَبَها دَرَاهِمَ أو حَلْيًا ، أو طِينًا

(٢٤ - ٢٤) فى م : « عنها » . وتقدم .

(٢٥) فى الأصل : « عدلت » .

(٢٦ - ٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

جَعَلَه لَبِنًا ، أو غَزْلًا نَسَجَهُ ، أو ثَوْبًا قَصَرَهُ . وإن جَعَلَ فيه شيئا من عَيْنِ مالِه ، مثل أن سَمَّرَ الرُّفُوفَ[27] بمَسَامِيرَ من عنده، فله قَلْعُها ويَضْمَنُ ما نَقَصَتِ الرُّفُوفُ[27] ، وإن كانت المَسَامِيرُ من الخُشُبِ المَغْصُوبَةِ ، أو مالِ المَغْصُوبِ منه / فلا شيءَ للغاصِبِ ، وليس له قَلْعُها ، إلَّا أن يَأْمُرَهُ المالِكُ بذلك ، فيَلْزَمُه . وإن كانت المَسَامِيرُ للغاصِبِ ، فوَهَبَها للمالِكِ ، فهل يُجْبَرُ على قَبُولِ الهِبَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن[28] اسْتَأْجَرَ الغاصِبُ على عَمَلِ شيءٍ من هذا الذى ذَكَرْناه ، فالأَجْرُ عليه . والحُكْمُ فى زِيَادَتِه ونَقْصِه ، كما لو وَلِىَ ذلك بنَفْسِه ، إلَّا أن لِلْمالِكِ أن يُضَمِّنَ النَّقْصَ[29] من شاءَ منهما ، [30]فلو اسْتَأْجَرَ قَصَّابًا فذَبَحَ شاةً ، فللمالِكِ أخْذُها وأَرْشُ نَقْصِها ، ويُغَرِّمُ من شاءَ منهما[30] ، فإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ إذا لم يَعْلَم القَصّابُ الحالَ ، وإن ضَمَّنَ القَصّابَ رَجَعَ على الغاصِبِ ، لأنَّه غَرَّهُ ، وإن عَلِمَ القَصّابُ أنَّها مَغْصُوبَةٌ فغَرَّمَهُ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ لأنَّه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه عالِمًا بالحالِ ، وإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ على القَصَّابِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ[31] منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وإن [32]اسْتعانَ بمَن[32] ذَبَحَ له ، فهو كما لو اسْتَأْجَرَهُ .

٥/١٢ظ

فصل : وإن غَصَبَ حَبًّا فزَرَعَهُ فصارَ زَرْعًا ، أو نَوًى فصارَ شَجَرًا ، أو بَيْضًا فحَضَنَهُ فصارَ فَرْخًا ، فهو لِلْمَغْصُوبِ منه ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه نَمَا ، فأَشْبَهَ ما تَقَدَّمَ . ويَتَخَرَّجُ أن يَمْلِكَه الغاصِبُ ، بناءً على الرِّوايَةِ المَذْكُورَةِ فى الفَصْلِ السابِقِ . وإن غَصَبَ دَجاجَةً فباضَتْ عنده ، ثم حَضَنَتْ بَيْضَها فصارَ فِراخًا ، فهما[33] لمالِكِها ، ولا

(٢٧) فى الأصل : « الدفوف » .
(٢٨) فى م زيادة : « كان » .
(٢٩) سقط من : ب .
(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل ، ب .
(٣١) فى الأصل : « دخل » .
(٣٢ - ٣٢) فى ب ، م : « استعار من » .
(٣٣) فى م : « فهم » .

شىءَ للغاصِبِ فى عَلَفِها . قال أحمدُ ، فى طَيْرَةٍ جاءَتْ إلى دارِ قَوْمٍ فأَفْرَخَتْ عندهم : يَرُدُّ فُرُوخَها إلى أصْحابِ الطيرَةِ ، ولا شىءَ للغاصِبِ فيما عَمِلَ . وإن غَصَبَ شاةً ، فأنْزَى[٣٤] عليها فَحْلًا ، فالوَلَدُ لصاحِبِ الشّاةِ ؛ لأنَّه مِن نَمائِها . وإن غصَبَ فَحْلًا ، فأَنْزَاهُ على شاتِه ، فالوَلَدُ لِصاحِبِ الشَّاةِ ؛ لأنَّه يَتْبَعُ الأُمَّ ، ولا أُجْرَةَ له ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن عَسْبِ الفَحْلِ[٣٥] . وإن نَقَصَهُ الضِّرَابُ ضَمِنَ[٣٦] نَقْصَه .

فصل : وإن غَصَبَ دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ من رَجُلٍ ، وخَلَطَها بمِثْلِها لآخَرَ ، فلَم يَتمَيَّزَا ، صارَا شَرِيكَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُها الغاصِبُ ، وعليه غَرَامَةُ مِثْلِها لهما ، وإن خَلَطَها بمِثْلِها من مالِه ، مَلَكَها ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ تَسْلِيمُها بعَيْنِها ، فأشْبَهَ ما لو تَلِفَتْ . ولَنا ، أنَّه فِعْلٌ فى المَغْصُوبِ على وَجْهِ التَّعَدِّى ، لم يَذْهَبْ بمالِيَّتِه ، فلم يَزُلْ مِلْكُ صاحِبِه عنه ، كذَبْحِ الشاةِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فصَادَ صَيْدًا ، أو كَسَبَ شيئا ، فهو لِسَيِّدِه ، وإن غَصَبَ جارِحًا كالفَهْدِ والبَازِىِّ ، فصَادَ به ، فالصَّيْدُ لمالِكِه ؛ لأنَّه مِن كَسْبِ مالِه ، فأشْبَهَ صَيْدَ العَبْدِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه للغاصِبِ ؛ لأنَّه الصائِدُ ، والجارِحَةُ / آلَةٌ له ، ولهذا يَكْتَفِى بتَسْمِيَتِه عندَ إرْسَالِه الجارِحَ . وإن غصَبَ قَوْسًا أو سَهْمًا أو شَبَكَةً ، فصَادَ به ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، أنَّه لِصَاحِبِ القَوْسِ والسَّهْمِ والشَّبَكَةِ ؛ لأنَّه حاصِلٌ به ، فأشْبَهَ نَمَاءَ مِلْكِه وكَسْبَ عَبْدِه . والثانى ، للغاصِبِ ؛ لأنَّ الصَّيْدَ حَصَلَ بِفِعْلِه ، وهذه آلاتٌ ، فأَشْبَهَ ما لو ذَبَحَ بِسِكِّينِ غيرِه ، فإن قُلْنا : هو[٣٧] للغاصِبِ . فعليه أجْرُ ذلك كلُّه مُدَّةَ مُقَامِه فى يَدَيْه ، إن كان له أجْرٌ . وإن قُلْنا : هو للمالِكِ ، لم يكُنْ له أجْرٌ فى مُدَّةِ

١٣/٥ظ

(٣٤) فى النسخ : « فأترى » . وقعت نقطة الزاى مع النون

(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٣ .

(٣٦) فى ب ، م : « ضر » .

(٣٧) سقط من : م .

اصْطِيَادِهِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الأَجْرَ فى مُقَابَلةِ مَنَافِعِه ، ومَنَافِعُه فى هذه المُدَّةِ عائِدَةٌ إلى مالِكِه ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضَها على غيرِه ، كما لو زَرَعَ أرْضَ إنْسانٍ ، فأخَذَ المالِكُ الزَّرْعَ بنَفقَتِه ، والثانى عليه أجْرُ مثلِه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنَافِعَه ، أشْبَهَ ما لو لم يَصِدْ شيئا .

٨٦٥ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ جارِيَةً ، فَوَطِئَها ، وأوْلَدَها ، لَزِمَهُ الحَدُّ ، وأخَذَهَا سَيِّدُهَا وأوْلَادَها ومَهْرَ مِثْلِهَا**)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الغاصِبَ إذا وَطِئَ الجارِيَةَ المَغْصُوبَةَ ، فهو زانٍ ؛ لأنَّها لَيْسَتْ زَوْجَةً له ولا مِلْكَ يَمِينٍ ، فإن كان عَالِمًا بالتَّحْرِيمِ ، فعليه حَدُّ الزِّنَى ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها ، سواءٌ كانت مُكْرَهَةً أو مُطَاوِعَةً . وقال الشّافِعِىُّ : لا مَهْرَ لِلمُطَاوِعَةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن مَهْرِ البَغِىِّ[1] . ولَنا ، أنَّ هذا حَقٌّ لِلسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بمُطَاوَعَتِها ، كما لو أذِنَتْ فى قَطْعِ يَدِها ، ولأنَّه حَقٌّ يَجِبُ لِلسَّيِّدِ مع إكْرَاهِها ، فيَجِبُ مع مُطَاوَعَتِها ، كأجْرِ مَنَافِعِها ، والخَبَرُ مَحْمُولٌ على الحُرَّةِ ، ويَجِبُ أرْشُ بَكَارَتِها ؛ لأنَّه بَدَلُ جُزْءٍ منها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ ؛ لأنَّ مَهْرَ البِكْرِ يَدْخُلُ فيه[2] أرْشُ البَكَارَةِ ، ولهذا يَزِيدُ على مَهْرِ الثَّيِّبِ عادَةً ، لأجْلِ ما يَتَضَمَّنُه من تَفْوِيتِ البَكَارَةِ . وإن حَمَلَتْ ، فالوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِها ؛ لأنَّه من نَمَائِها وأجْزائِها ، ولا يَلْحَقُ نَسَبُهُ بالواطِئِ ؛ لأنَّه من زِنًى . فإن وَضَعَتْهُ حَيًّا ، وَجَبَ رَدُّه معها ، وإن أسْقَطَتْهُ مَيِّتًا ، لم يُضْمَنْ ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ حَيَاتَه قبلَ هذا . هذا قولُ القاضى ، وهو الظّاهِرُ من مذهبِ الشّافِعِىِّ عندَ أصْحَابِه . وقال [3]القاضِى أبو الحُسَيْنِ[3] : يَجِبُ ضَمَانُه بقِيمَتِه لو كان حَيًّا . نَصَّ عليه الشّافِعِىُّ ؛ لأنَّه يَضْمَنُه لو سَقَطَ بِضَرْبَتِه ، وما ضُمِنَ بالإتْلَافِ ضَمِنَهُ

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٥٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) كذا ورد فى النسخ ، ولعل صوابه : « القاضى الحسين » وهو الحسين بن محمد بن أحمد المرورذى القاضى أبو على ، أحد رفعاء الشافعية ، وهو صاحب « التعليقة » توفى سنة اثنتين وستين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ٣٥٦-٣٦٥ .

الغاصِبُ بالتَّلَفِ فى يَدِه ، كأَجْرِ العَيْنِ . والأَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، أنْ يَضْمَنَهُ بِعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّه الذى يَضْمَنُه به بالجِنَايةِ ، فيَضْمَنُه به فى التَّلَفِ ، كالأَجْزاءِ . وإن / وَضَعَتْه حَيًّا ، حَصَلَ مَضْمُونًا فى يَدِ الغاصِبِ ، كالأُمِّ . فإن ماتَ بعد ذلك ، ضَمِنَهُ بقِيمَتِه . وإن نَقَصَتِ الأُمُّ بالوِلَادَةِ ، ضَمِنَ نَقْصَها ، ولم يَنْجَبِرْ بالوَلَدِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَنْجَبِرُ نَقْصُها بوَلَدِهَا . ولَنا ، أنَّ وَلَدَها مِلْكُ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ به نَقْصٌ حَصَلَ[4] بجِنَايَةِ الغاصِبِ ، كالنَّقْصِ الحاصِلِ بغيرِ الوِلَادَةِ . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَها فأَلْقَت الجَنِينَ مَيِّتًا ، فعليه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ . وإن ضَرَبَ بَطْنَها أَجْنَبِىٌّ ، ففيه مثلُ ذلك ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شَاءَ ، فإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ على الضَّارِبِ ، وإن ضَمَّنَ الضارِبَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ الإِتْلَافَ وُجِدَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن ماتَتِ الجارِيَةُ ، فعليه قِيمَتُها أَكْثَر ما كانتْ . ويَدْخُلُ فى ذلك أَرْشُ بَكَارَتِها ، ونَقْصُ وِلَادَتِها ، ولا يَدْخُلُ فيه[5] ضَمَانُ وَلَدِها ، ولا مَهْرُ مِثْلِها ، وسواءٌ فى هذه الأَحْكَامِ كلِّها حَالةُ الإِكْرَاهِ أو المُطَاوَعَةِ ؛ لأنَّها حُقُوقٌ لِسَيِّدِهَا ، فلا تَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِها . وأما حُقُوقُ اللهِ تعالى ، كالحَدِّ عليها ، والإِثْمِ[6] ، والتَّعْزِيرِ فى مَوْضِعٍ يَجِبُ ، فإن كانت مُطَاوِعَةً على الوَطْءِ ، عَالِمةً بالتَّحْرِيمِ ، فعليها الحَدُّ إذا كانتْ من أَهْلِه ، والإِثْمُ ، وإلَّا فلا .

فصل : وإن كان الغاصِبُ جاهِلًا بِتَحْرِيمِ[7] ذلك ؛ لِقُرْبِ عَهْدِه بالإسلامِ ، أو ناشِئًا بِبَادِيةٍ بَعِيدَةٍ يَخْفَى عليه مثلُ هذا ، فاعْتَقَدَ حِلَّ وَطْئِها ، أو اعْتَقَدَ أنَّها جارِيَتُه فأَخَذَها ، ثم تَبَيَّنَ أنَّها غيرُها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، وعليه المَهْرُ ، وأَرْشُ البَكَارَةِ . وإن حَمَلَتْ فالوَلَدُ حُرٌّ ، لِاعْتِقَادِه أنَّها مِلْكُه ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ

(٤) فى الأصل : « حمل » .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) سقط من : م .
(٧) سقط من : ب .

لِمَوْضِعِ الشُّبْهةِ . وإن وَضَعَتْهُ مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لم يَعْلَمْ حَيَاتَه ، ولأنَّه لم يَحُلْ بينه وبينَه ، وإنما وَجَبَ تَقْوِيمُه لأَجْلِ الحَيْلُولَةِ . وإن وَضَعَتْه حَيًّا ، فعليه قِيمَتُه يومَ انْفِصَالِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه رِقَّهُ باعْتِقَادِه ، ولا يُمْكِنُ تَقْوِيمُه حَمْلًا ، فَقُوِّمَ عليه أَوَّلَ حالِ انْفِصَالِه ؛ لأنَّه أَوَّلُ حال إمْكَانِ تَقْوِيمِه ، ولأنَّ ذلك وَقْتُ الحَيْلُولَةِ بينه وبينَ سَيِّدِه . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَها ، فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فعليه غُرَّةُ عَبْدٍ أو أَمَةٍ ، قِيمَتُها خَمْسٌ من الإِبِلِ ، مَوْرُوثَةً عنه ، لا يَرِثُ الضَّارِبُ منها شيئا ؛ لأنَّه أَتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وعليه لِلسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الإِسْقَاطَ لمَّا اعْتَقَبَ الضَّرْبَ ، فالظاهِرُ حُصُولُه به ، وضَمَانُه لِلسَّيِّدِ ضَمَانُ المَمَالِيكِ ، ولهذا لو وَضَعَتْهُ حَيًّا قَوَّمْنَاهُ مَمْلُوكًا . / وإن كان الضارِبُ أَجْنَبِيًّا ، فعليه غُرَّةُ دِيَةِ الجَنِينِ الحُرِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، وتكونُ مَوْرُوثَةً عنه ، وعلى الغاصِبِ لِلسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّه يَضْمَنُه ضَمَانَ المَمَالِيكِ ، وقد فَوَّتَ رِقَّه على السَّيِّدِ ، وحَصَلَ التَّلَفُ فى يَدَيْهِ . والحُكْمُ فى المَهْرِ ، والأَرْشِ ، والأَجْرِ ، ونَقْصِ الوِلَادَةِ ، وقِيمَتِها [8]إن تَلِفَتْ[8] ، ما مَضَى إذا كانا عَالِمَيْنِ ؛ لأنَّ هذه حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ ، فلا تَسْقُطُ بالجَهْلِ والخَطَإِ ، كالدِّيَةِ .

١٤/٥و

٨٦٦ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَ الْغَاصِبُ بَاعَهَا ، فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِى ، وأَوْلَدَهَا ، وَهُوَ لا يَعْلَمُ ، رُدَّتِ الْجَارِيَةُ إلى سَيِّدِها ، ومَهْرُ مِثْلِهَا ، وفَدَى أَوْلَادَه بِمِثْلِهِمْ ، وَهُمْ أَحْرَارٌ ، ورَجَعَ بِذٰلِكَ كُلِّهِ عَلَى الْغَاصِبِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الغاصِبَ إذا باعَ الجارِيَةَ ، فبَيْعُه فاسِدٌ ؛ لأنَّه يَبِيعُ مالَ غيرِه بغير إذْنِه . وفيه رِوَايَةٌ أُخرَى ، أنَّه يَصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ . وفيه رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، أنَّ البَيْعَ يَصِحُّ ، ويَنْفُذُ ، لأنَّ الغَصْبَ فى الظَّاهِرِ تَتَطَاوَلُ مُدَّتُه ، فلو لم يَصِحَّ تَصَرُّفُ الغاصِبِ ، أَفْضَى إلى الضَّرَرِ بالمالِكِ والمُشْتَرِى ؛ لأنَّ المالِكَ لا يَمْلِكُ ثَمَنَها ، والمُشْتَرِى لا يَمْلِكُها . والتَّفْرِيعُ على الرِّوَايَةِ الأُولَى ، والحُكْمُ فى وَطْءِ المُشْتَرِى كالحُكْمِ فى وَطْءِ الغاصِبِ ، إلَّا أنَّ المُشْتَرِىَ إذا ادَّعَى الجَهالَةَ ، قُبِلَ منه ، بخِلافِ

(٨–٨) سقط من : م .

الغاصبِ ، فإنَّه لا يُقْبَلُ منه إلَّا بِشَرْطِ ذَكَرْنَاهُ . ويَجِبُ رَدُّ الجارِيَةِ إلى سَيِّدِها ، ولِلمَالِكِ مُطَالَبَةُ أيِّهما شَاءَ بِرَدِّها ؛ لأنَّ الغاصِبَ أَخَذَها بغيرِ حَقٍّ ، وقد قال النبيُّ ﷺ : « على اليَدِ ما أَخَذَتْ حتى تُرَدَّهُ »[1] . والمُشْتَرِى أَخَذَ مالَ غيرِه بغيرِ حَقٍّ أيضا ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّ مالَ غيرِه فى يَدِه . وهذا لا خِلَافَ فيه بحَمْدِ اللهِ تعالى . ويَلْزَمُ المُشْتَرِىَ المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه بغيرِ نِكَاحٍ ، وعليه أَرْشُ البَكَارَةِ ، ونَقْصُ الوِلَادَةِ . وإن وَلَدَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِاعْتِقَادِه أنَّه يَطَأُ مَمْلُوكَتَه ، فمَنَعَ ذلك انْخِلَاقَ الوَلَدِ رَقِيقًا ، ويَلْحَقُه نَسَبُه ، وعليه فِدَاؤُهُم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهُم على سَيِّدِهِم بِاعْتِقَادِه حِلَّ الوَطْءِ . وهذا الصَّحِيحُ فى المذهبِ ، وعليه الأَصْحَابُ . وقد نَقَلَ ابن مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ ، أنَّ المُشْتَرِىَ لا[2] يَلْزَمُه فِدَاءُ أَوْلَادِه ، وليس لِلسَّيِّدِ بَدَلُهم ؛ لأنَّهم كانوا فى حالِ العُلُوقِ أَحْرَارًا ، ولم يكُنْ لهم قِيمَةٌ حِينَئِذٍ . قال الخَلّالُ : أَحْسَبُه قَوْلًا لأبى عبدِ اللهِ أوَّلَ ، / ٥/١٤ظ والذى أَذْهَبُ[3] إليه أنه يَفْدِيهِم . وقد نَقَلَه ابنُ منصورٍ أيضا ، وجَعْفَرُ بن محمدٍ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ويَفْدِيهم بِبَدَلِهم يومَ الوَضْعِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ[2] يومَ المُطَالَبَةِ ؛ لأنَّ وَلَدَ المَغْصُوبَةِ لا يَضْمَنُه عنده إلَّا بالمَنْعِ ، وقبلَ المُطَالَبَةِ لم يَحْصُلْ مَنْعٌ فلم يَجِبْ ، وقد ذَكَرْنا فيما مَضَى ، أنَّه يَحْدُثُ مَضْمُونًا ، فيُقَوَّمُ يومَ وَضْعِه ؛ لأنَّه أوَّلُ حالٍ أَمْكَنَ[4] تَقْوِيمُه . واخْتَلَفَ أصْحَابُنا فيما يَفْدِيهم به ، فنَقَلَ الخِرَقِىُّ هٰهُنا أنَّه يَفْدِيهِم بِمِثْلِهِم . والظَّاهِرُ أنَّه أرَادَ بِمِثْلِهِم فى السِّنِّ ، والصِّفَاتِ ، والجِنْسِ ، والذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ، وقد نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : يَفْدِيهِم بِمِثْلِهِم فى القِيمَةِ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ ثالثةٌ ، أنَّه[5] يَفْدِيهم بِقِيمَتِهم .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦١ .
وفى م : « تؤديه » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « ذهب » .
(٤) فى الأصل : « يمكن » .
(٥) سقط من : ب .

وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشّافِعِىِّ . وهو أصَحُّ إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الحَيوانَ ليس بمِثْلِىٍّ ، فيُضْمَنُ بقِيمَتِه كسائِرِ المُتقَوِّماتِ ، ولأنَّه لو أتْلَفَه ضَمِنَهُ بقِيمَتِه . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ هذه الأقْوالِ فى غير هذا المَوْضِعِ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « رَجَعَ بذلك كلِّه على الغاصِبِ » . يَعْنِى بالمَهْرِ ، وما فَدَى به الأَوْلَادَ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَلَ على أن يُسَلِّمَ له الأَوْلَادَ ، وأن يَتَمَكَّنَ من الوَطْءِ بغيرِ عِوَضٍ ، فإذا لم يُسَلِّمْ له ذلك ، فقد غَرَّهُ البائِعُ ، فرَجَعَ به عليه . فأمَّا الجارِيَةُ إذا رَدَّها لم يَرْجِعْ بِبَدَلِها ؛ لأنَّها مِلْكُ المَغْصُوبِ منه رَجَعَتْ إليه ، لكنَّه يَرْجِعُ على الغاصِبِ بالثَّمَنِ الذى أَخَذَه منه . وإن كانت قد أقامَتْ عندَه مُدَّةً لمِثْلِها أجْرٌ فى تلك المُدَّةِ ، فعليه أُجْرُهَا . وإن اغْتَصَبَها بِكْرًا ، فعليه أَرْشُ بَكَارَتِها . وإن نَقَصَتْها الوِلَادَةُ أو غيرُها ، فعليه أَرْشُ نَقْصِها . وإن تَلِفَتْ فى يَدِه ، فعليه قِيمَتُها . وكلُّ ضَمَانٍ يَجِبُ على المُشْتَرِى ، فلِلْمَغْصُوبِ منه أن يَرْجِعَ به على من شاءَ منهما ؛ لأنَّ يَدَ الغاصِبِ سَبَبُ يَدِ المُشْتَرِى . وما وَجَبَ على الغاصِبِ ، من أَجْرِ المُدَّةِ التى كانت فى يَدِه ، أو نَقْصٍ حَدَثَ عنده ، فإنَّه يَرْجِعُ به على الغاصِبِ وحدَه ؛ لأنَّ ذلك كان قبلَ يَدِ المُشْتَرِى . فإذا طَالَبَ المالِكُ[6] المُشْتَرِىَ بما وَجَبَ فى يَدِه ، وأخَذَه منه ، فأرَادَ المُشْتَرِى الرُّجُوعَ به على الغاصِبِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان المُشْتَرِى حين الشِّرَاءِ عَلِمَ أنَّها[7] مَغْصُوبةٌ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّ مُوجِبَ الضَّمانِ وُجِدَ فى يَدِه من غيرِ تَغْرِيرٍ ، وإن لم يَعْلَمْ ، فذلك على ثلاثةِ أَضْرُبٍ ؛ ضَرْبٌ لا يَرْجِعُ به ، وهو قِيمَتُها إن تَلِفَتْ فى يَدِه ، وأَرْشُ بَكَارَتِها ، وبَدَلُ جُزْءٍ من أَجْزَائِها ؛ لأنَّه دَخَلَ مع البائِعِ على أنَّه يكونُ / ضَامِنًا لذلك بالثَّمَنِ ، فإذا ضَمِنَهُ لم يَرْجِعْ به . وضَرْبٌ يَرْجِعُ به ، وهو بَدَلُ الوَلَدِ إذا وَلَدَتْ منه ؛ لأنَّه دَخَلَ معه فى العَقْدِ على أن لا يكونَ الوَلَدُ مَضْمُونًا عليه ، ولم يَحْصُلْ من جِهَتِه إتْلَافٌ ، وإنَّما الشَّرْعُ أَتْلَفَهُ بحُكْمِ بَيْعِ الغاصِبِ منه ، وكذلك نَقْصُ الوِلَادَةِ . وضَرْبٌ اخْتُلِفَ فيه ، وهو مَهْرُ مِثْلِها وأَجْرُ نَفْعِها ، فهل يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ؟ فيه رِوَايَتَانِ ؛

٥/١٥و

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م زيادة : « غير » .

إحْداهُما ، يَرْجِعُ به . وهو قولُ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه دَخَلَ فى العَقْدِ على أن يُتْلِفَه[8] بغير عِوَضٍ ، فإذا غَرِمَ عِوَضَه رَجَعَ به ، كبَدَلِ الوَلَدِ ، ونَقْصِ الوِلَادَةِ . وهذا أحدُ قَوْلَيِ الشّافِعِيِّ . والثانية ، لا يَرْجِعُ به ، وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه غَرِمَ ما اسْتَوْفَى بَدَلَهُ ، فلا يَرْجِعُ به ، كقِيمَةِ الجارِيَةِ ، وبَدَلِ أجْزائِها . وهذا القولُ الثانى للشّافِعِيِّ . وإن رَجَعَ بذلك كلِّه على الغاصِبِ فكُلُّ ما لو رَجَعَ به على المُشْتَرِى لا[9] يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ، إذا رَجَعَ به على الغاصِبِ رَجَعَ به الغاصِبُ على المُشْتَرِى . وكلُّ ما لو رَجَعَ به على المُشْتَرِى رَجَعَ به المُشْتَرِى على[10] الغاصِبِ إذا غَرِمَهُ الغاصِبُ ، لم يَرْجِعْ به على المُشْتَرِى . ومتى رَدَّها حامِلًا فماتَتْ من الوَضْعِ ، فإنَّها مَضْمُونَةٌ على الواطِئِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ[11] بِسَبَبٍ من جِهَتِه .

فصل : ومن اسْتَكْرَهَ امْرَأةً على الزِّنَى ، فعليه الحَدُّ دُونَها ؛ لأنَّها مَعْذُورَةٌ ، وعليه مَهْرُها حُرَّةً كانت أو أَمَةً ، فإن كانت حُرَّةً كان المَهْرُ[12] لها ، وإن كانت أَمَةً كان لِسَيِّدِها . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ به وُجُوبُ الحَدِّ ، فلم يَجِبْ به المَهْرُ ، كما لو طَاوَعَتْهُ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ فى غير مِلْكٍ ، سَقَطَ فيه الحَدُّ من المَوْطُوءَةِ . فإذا كان الواطِئُ من أهْلِ الضَّمانِ فى حَقِّها ، وَجَبَ عليه مَهْرُها كما لو وَطِئَها بِشُبْهَةٍ ، وأما المُطَاوِعَةُ ، فإن كانت أمَةً وَجَبَ عليه[13] مَهْرُها ؛ لأنَّه حَقٌّ لِسَيِّدِها ، فلا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا ، وإن كانت حُرَّةً ، لم يَجِبْ لها المَهْرُ ؛ لأنَّ رِضَاهَا اقْتَرَنَ بالسَّبَبِ المُوجِبِ ، فلم يُوجِبْ ، كما لو أذِنَتْه فى قَطْعِ يَدِها ، أو إتْلافِ جُزْءٍ منها . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ الثَّيِّبَ لا مَهْرَ لها وإن أُكْرِهَتْ . نَقَلَها

---

(٨) فى الأصل : « متلفه » .

(٩) فى الأصل : « لم » .

(١٠) فى ب : « إلى » .

(١١) فى ب : « التالف » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : م .

ابنُ منصُورٍ ، وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّها مُكْرَهَةٌ على الوَطْءِ الحَرَامِ ، فوَجَبَ لها المَهْرُ ، كالبِكْرِ ، ويَجِبُ أرْشُ البَكَارَةِ مع المَهْرِ ، كما قَدَّمْنَا .

فصل : إذا أَجَرَ الغاصِبُ المَغْصُوبَ ، فالإِجَارَةُ باطِلَةٌ ، على إحْدَى الرِّوَاياتِ ، كالبَيْعِ / ، ولِمَالِكِه تَضْمِينُ أَيِّهما شاءَ أَجْرَ مِثْلِها ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ ، لم يَرْجِعْ بذلك ، لأنَّه دَخَلَ فى العَقْدِ على أنَّه يَضْمَنُ المَنْفَعَةَ ، (١٤) إلَّا أن يَزِيدَ أَجْرُ المِثْلِ على المُسَمَّى فى العَقْدِ ، فيَرْجِعَ بالزِّيادَةِ (١٤) ويَسْقُطَ عنه المُسَمَّى فى العَقْدِ . وإن كان دَفَعَهُ إلى الغاصِبِ ، رَجَعَ به . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فلِمَالِكِها تَغْرِيمُ مَن شاءَ منهما قِيمَتَها ، فإن غَرَّمَ المُسْتَأْجِرَ فله الرُّجُوعُ بذلك على الغاصِبِ ؛ لأنَّه دَخَلَ معه على أنَّه لا يَضْمَنُ العَيْنَ ، ولم يَحْصُلْ له بَدَلٌ فى مُقَابَلَةِ ما غَرِمَ ، هذا إذا لم يَعْلَمْ بالغَصْبِ ، وإن عَلِمَ لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، وحَصَلَ التَّلَفُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن غَرَّمَ الغاصِبَ الأَجْرَ والقِيمَةَ ، رَجَعَ بالأَجْرِ على المُسْتَأْجِرِ على كلِّ حالٍ ، ويَرْجِعُ بالقِيمَةِ إن (١٥) كان المُسْتَأْجِرُ عالِمًا بالغَصْبِ ، وإلَّا فلا . وهذا قولُ الشّافِعِيِّ ، ومحمدِ بن الحَسَنِ ، فى الفَصْلِ كله . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّ الأَجْرَ للغاصِبِ دون صَاحِبِ الدّارِ . (١٦) وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ الأَجْرَ عِوَضُ المَنافِعِ المَمْلُوكَةِ لِرَبِّ الدّارِ (١٦) ، فلم يَمْلِكْها الغاصِبُ ، كعِوَضِ الأَجْزاءِ .

فصل : وإن أَوْدَعَ المَغْصُوبَ ، أو وَكَّلَ رَجُلًا فى بَيْعِه ، ودَفَعَهُ إليه ، فتَلِفَ فى يَدِه ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شاءَ ؛ أمَّا الغاصِبُ فلأنَّه حالَ بين المالِكِ وبين مِلْكِه ، وأَثْبَتَ اليَدَ العادِيَةَ عليه ، والمُسْتَوْدَعُ والوَكِيلُ لإِثْبَاتِهِمَا أَيْدِيهما على مِلْكٍ مَعْصُومٍ بغير حَقٍّ . فإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، وكانا غيرَ عالِمَيْنِ بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، ولم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن غَرَّمهما رَجَعَا على الغاصِبِ بما غَرِمَا من القِيمَةِ والأَجْرِ ؛ لأنَّهما دَخَلا

١٥/٥ ظ

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) فى ب : « وإن » .

(١٦ – ١٦) سقط من : الأصل .

على أن لا يَضْمَنَا شيئا مِن ذلك ، ولم يَحْصُلْ لهما بَدَلٌ عمَّا ضَمِنَا . وإن عَلِمَا أنَّها مَغْصُوبَةٌ استَقَرَّ الضَّمانُ عليهما[17] ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ تحتَ[18] أَيْدِيهِما من غير تَغْرِيرٍ بهما ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليهما ، فإن غَرِمَا شيئا ، لم يَرْجِعَا به . وإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عليهما ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى أَيْدِيهِما . وإن جَرَحَها الغاصِبُ ، ثم أَوْدَعَها ، أو رَدَّها إلى مَالِكِها ، فتَلِفَتْ بالجُرْحِ ، استَقَرَّ الضَّمانُ على الغاصِبِ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه هو المُتْلِفُ ، فكان الضَّمَانُ عليه ، كما لو باشَرَها بالإِتْلَافِ فى يَدِه[19] .

فصل : وإن أعَارَ العَيْنَ المَغْصُوبةَ ، فتَلِفَتْ عند المُسْتَعِيرِ ، [20]فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ أَجْرَها وقِيمَتَها ، فإن غَرَّمَ المُسْتَعِيرَ[20] مع عِلْمِه بالغَصْبِ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن غَرَّمَ الغاصِبَ رَجَعَ على[17] المُسْتَعِيرِ . وإن لم يكُنْ عَلِمَ بالغَصْبِ ، فَغَرَّمَهُ ، لم يَرْجِعْ بقِيمَةِ العَيْنِ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أن تكونَ مَضْمُونَةً عليه . وهل يَرْجِعُ بما غَرِمَ من الأَجْرِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أن المَنَافِعَ له غيرَ مَضْمُونَةٍ عليه . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه / انْتَفَعَ بها ، فقد استَوْفَى بَدَلَ ما غَرِمَ ، وكذلك الحُكْمُ فيما تَلِفَ من الأَجْزاءِ بالاسْتِعْمالِ . وإذا كانت العَيْنُ وَقْتَ القَبْضِ أَكْثَرَ قِيمَةً من يوم التَّلَفِ ، فضَمِنَ الأَكْثَرَ ، فيَنْبَغِى أن يَرْجِعَ بما بين القِيمَتَيْنِ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أنَّه لا يَضْمَنُه ، ولم يَسْتَوْفِ بَدَلَه . فإن رَدَّها المُسْتَعِيرُ على الغاصِبِ ، فلِلْمالِكِ أن يُضَمِّنَهُ أيضا ؛ لأنَّه فَوَّتَ المِلْكَ على مالِكِه بتَسْلِيمِه إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه . ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الغاصِبِ إن حَصَلَ التَّلَفُ فى يَدَيْهِ ، وكذلك الحُكْمُ فى المُودِعِ وغيرِه .

16/5و

فصل : وإنِ وَهَبَ المَغْصُوبَ لِعَالِمٍ بالغَصْبِ ، استَقَرَّ الضَّمَانُ على المُتَّهِبِ ،

---

(17) سقط من : م .

(18) فى ب : « فى » .

(19) فى الأصل : « بدنه » .

(20 - 20) سقط من : الأصل .

فمهما غَرِمَ من قِيمَةِ العَيْنِ أو أجْزَائِها ، لم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدَيْهِ ، ولم يَغُرَّهُ أحَدٌ ، وكذلك أجْرُ[21] مُدَّةِ مُقَامِه فى يَدَيْهِ ، وأرْشُ نَقْصِه إن حَصَلَ . وإن لم يَعْلَمْ ، فلِصَاحِبِها تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ ، فإن ضَمَّنَ المُتَّهِبَ ، رَجَعَ على الواهِبِ بِقِيمَةِ العَيْنِ والأجْزَاءِ ؛ لأنَّه غَرَّهُ . وقال أبو حنيفةَ : أيُّهما ضُمِّنَ لم يَرْجِعْ على الآخرِ . ولَنا ، أنَّ المُتَّهِبَ دَخَلَ على أن تُسَلَّمَ له العَيْنُ ، فيَجِبُ أن يَرْجِعَ بما غَرِمَ من قِيمَتِها ، كقِيمَةِ الأوْلَادِ ، فإنَّه وافقَنا على الرُّجُوعِ بضَمَانِه . فأمَّا الأُجْرَةُ والمَهْرُ وأرْشُ البَكَارَةِ ، فهل يَرْجِعُ به المُتَّهِبُ على الواهِبِ ؟ فيه وَجْهَانِ . وإن ضَمَّنَهُ الواهِبَ ، فهل يَرْجِعُ به على المُتَّهِبِ ؟ فيه وَجْهَانِ .

فصل : وتَصَرُّفَاتُ الغاصِبِ كتَصَرُّفاتِ الفُضُولِىِّ ، على ما ذَكَرْنا من الرِّوَايَتَيْنِ ؛ إحْدَاهما ، بُطْلَانُها . والثانية ، صِحَّتُها ووُقُوفُها على إجازَةِ المالِكِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّ فى تَصَرُّفاتِ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةِ رِوَايةً ، أنَّها تَقَعُ صَحِيحَةً ، وسواءٌ فى ذلك العِبَادَاتُ ، كالطَّهَارَةِ والصَّلَاةِ والزَّكَاةِ والحَجِّ ، أو العُقُودُ كالبَيْعِ[22] والإجَارَةِ والنِّكَاحِ[23] . وهذا يَنْبَغِى أن يَتَقَيَّدَ فى العُقُودِ بما لم يُبْطِلْهُ المالِكُ ، فأمَّا ما اخْتارَ المالِكُ إبْطَالَه وأخْذَ المَعْقُودِ عليه ، فلم نَعْلَمْ فيه خِلَافًا ، وأما ما لم يُدْرِكْهُ المالِكُ ، فوَجْهُ التَّصْحِيحِ فيه أنَّ الغاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُه ، وتَكْثُرُ تَصَرُّفاتُه ، ففى القَضَاءِ بِبُطْلَانِها ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، ورُبَّما عَادَ الضَّرَرُ على المالِكِ ، فإنَّ الحُكْمَ بصِحَّتِها يَقْتَضِى كَوْنَ الرِّبْحِ للمالِكِ ، والعِوَضِ بنَمَائِه وزِيَادَتِه له ، والحُكْم بِبُطْلَانِه يَمْنَعُ ذلك .

فصل : وإذا غَصَبَ أثْمانًا فاتَّجَرَ بها ، أو عُرُوضًا فباعَها واتَّجَرَ بِثَمَنِها ، فقال أصْحابُنا : الرِّبْحُ للمالِكِ ، والسِّلَعُ المُشْتَرَاةُ له . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : إن كان الشِّرَاءُ بِعَيْنِ المالِ فالرِّبْحُ / للمالِكِ . قال الشَّرِيفُ : وعن أحمد أنَّه يَتَصَدَّقُ به . وإن ٥/١٦ ظ

---

(٢١) فى ب زيادة : « مثلها » .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى ب زيادة : « ونحوها » .

اشْتَراهُ فى ذِمَّتِه ، ثم نَقَدَ الأثْمانَ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أن يكـونَ الرِّبْـحُ للغاصِبِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشّافِعِيِّ فى أحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى لِنَفْسِه فى ذِمَّتِه ، فكان الشِّرَاءُ له ، والرِّبْحُ له ، وعليه بَدَلُ المَغْصُوبِ . وهذا قِيَاسُ قولِ الخِرَقِيِّ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الرِّبْحُ للمَغْصُوبِ منه ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه ، فكان له[24] . كما لو اشْتَرَى له بِعَيْنِ المالِ . وهذا[25] ظَاهِرُ المَذْهَبِ . وإن حَصَلَ خُسْرانٌ ، فهو على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَلَ فى المَغْصُوبِ[26] . وإن دَفَعَ المالَ إلى من يُضارِبُ به ، فالحُكْمُ فى الرِّبْحِ على ما ذَكَرْناهُ . وليس على المالِكِ من أجْرِ العامِلِ شىءٌ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى العَمَلِ فى مالِه ، وأمَّا الغاصِبُ ، فإن كان المُضَارِبُ عَالِمًا بالغَصْبِ ، فلا أجْرَ له ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بالعَمَلِ ، ولم يَغُرَّهُ أحَدٌ ، وإن لم يَعْلَمْ بالغَصْبِ ، فعلى الغاصِبِ أجْرُ مثلِه ؛ لأنَّه اسْتَعْمَلَه عَمَلًا بِعِوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فلَزِمَهُ أجْرُهُ ، كالعَقْدِ الفاسِدِ .

٨٦٧ ــ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا ، وَلَـمْ يَقْـدِرْ عَلَـى رَدِّه ، لَزِمَتِ الْغَاصِبَ الْقِيمَةُ ، فَإنْ قَدَرَ عَلَيْه ، رَدَّهُ وأخَذَ الْقِيمَةَ**)

وجملتُه أنَّ من غَصَبَ شيئا فَعَجَزَ[1] عن رَدِّه ، كعَبْـدٍ أبَـقَ ، أو دَابَّـة شَرَدَتْ ، فلِلْمَغْصُوبِ منه المُطَالَبَةُ بِبَدَلِه ، فإذا أخَذَهُ مَلَكَـهُ ، ولم يَمْلِكِ الغـاصِبُ العَيْـنَ المَغْصُوبَةَ ، بل متى قَدَرَ عليها لَزِمَهُ رَدُّها ، ويَسْتَرِدُّ قِيمَتَها التى أدَّاهـا . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالِكٌ : يُخَيَّـرُ المالِكُ بين الصَّبْـرِ إلى إمْكـانِ رَدِّها فيَسْتَرِدُّها ، وبين تَضْمِينِه إيَّاها فيَزُولُ مِلْكُه عنها ، وتَصِيرُ مِلْكًا للغاصِبِ ، لا يَلْزَمُه رَدُّها ، إلَّا أن يكونَ دَفَعَ دُونَ قِيمَتِها بقَوْلِه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ المالِكَ مَلَكَ البَدَلَ ، فلا يَبْقَى

---

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) فى م زيادة : « هو » .

(٢٦) فى ب : « يد الغاصب » .

(١) فى ب ، م : « يعجز » .

مِلْكُه على المُبْدَلِ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه تَضْمِينٌ فيما يَنْتَقِلُ[2] المِلْكُ فيه[3] ، فنَنْقُلُه[4] ، كما لو خلَطَ زَيْتَهُ بزَيْتِهِ . ولَنا ، أنَّ المَغْصُوبَ لا يَصِحُّ تَمَلُّكُه بالبَيْعِ ، فلا يَصِحُّ بالتَّضْمِينِ كالتَّالِفِ[5] ، ولأنَّه غَرِمَ ما تَعَذَّرَ عليه[6] رَدُّه بخُرُوجِه عن يَدِه ، فلا يَمْلِكُه بذلك ، كما لو كان المغْصُوبُ مُدَبَّرًا ، وليس هذا جَمْعًا بين البَدَلِ والمُبْدَلِ ؛ لأنَّه مَلَكَ القِيمَةَ لأَجْلِ الحَيْلُولةِ ، لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، ولهذا إذا رَدَّ المَغْصُوبَ إليه ، رَدَّ القِيمَةَ عليه ، ولا يُشْبِهُ الزَّيْتَ ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، ولأنَّ حَقَّ صَاحِبِه انْقَطَعَ عنه ، لِتَعَذُّرِ رَدِّه أبَدًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى قَدَرَ على المَغْصُوبِ رَدَّه ، ونَمَاءَهُ المُنْفَصِلَ والمُتَّصِلَ ، وأَجْرَ مِثْلِه / إلى حين دَفْعِ بَدَلِه . وهل يَلْزَمُه أُجْرُه من حين دَفْعِ بَدَلِه إلى[6] رَدِّه ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أصَحُّهُما لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ الانْتِفاعَ بِبَدَلِه الذى أُقِيمَ مُقَامَه ، فلم يَسْتَحِقَّ الانْتِفاعَ به ، وبما قام مَقَامَه ، كسَائِرِ ما عداه . والثانى ، له الأَجْرُ[7] ؛ لأنَّ العَيْنَ باقِيَةٌ على مِلْكِه ، والمَنْفَعةُ له ، ويَجِبُ على المالِكِ رَدُّ ما أخَذَه بَدَلًا عنه إلى الغاصِبِ ؛ لأنَّه أخَذَهُ بالحَيْلُولةِ ، وقد زَالَتْ ، فيَجِبُ رَدُّ ما أخَذَ من أَجْلِها إن كان باقِيًا بعَيْنِه ، ورَدُّ زِيادَتِه المُتَّصِلَة ، كالسِّمَنِ ونحوِه ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، وهذا فَسْخٌ ، ولا يَلْزَمُ رَدُّ زِيادَتِه المُنْفَصِلَةَ ؛ لأنَّها وُجِدَتْ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فأشْبَهَتْ زِيادَةَ المَبِيعِ المَرْدُودِ بعَيْبٍ ، وإن كان البَدَلُ تالِفًا ، رَدَّ مثلَه أو قِيمَتَه إن لم يكُنْ من ذَوَاتِ الأَمْثالِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَصِيرًا فصارَ خَمْرًا ، فعليه مثلُ العَصِيرِ ؛ لأنَّه تَلِفَ فى يَدَيْهِ ، فإن صارَ خَلًّا ، وَجَبَ رَدُّه ، وما نَقَصَ من قِيمَةِ العَصِيرِ ، ويَسْتَرْجِعُ ما أدَّاهُ من بَدَلِه .

---

(2) فى م : « ينقل » .
(3) فى الأصل : « عنه » .
(4) فى ب ، م : « فنقله » .
(5) فى م : « كالتلف » .
(6) سقط من : ب .
(7) فى م : « أجر » .

وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِيِّ : يَرُدُّ الخَلَّ ، ولا يَسْتَرْجِعُ القِيمةَ ؛ لأنَّ العَصِيرَ تَلِفَ بتَخَمُّرِه ، فوَجَبَ ضَمَانُه وإن عَادَ خَلًّا ، كما لو هَزَلَتِ الجارِيَةُ السَّمِينَة ثم عَادَ سِمَنُها ، فإنَّه يَرُدُّها وأَرْشَ نَقْصِها . ولَنا ، أنَّ الخَلَّ عَيْنُ العَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُه ، وقد رَدَّهُ ، فكان له اسْتِرْجاعُ ما أدَّاهُ بَدَلًا[8] عنه ، كما لو غَصَبَهُ فغَصَبَهُ منه غاصِبٌ ثم رَدَّهُ عليه ، وكما لو غَصَبَ حَمَلًا فصَارَ كَبْشًا . أما السِّمَنُ الأَوَّلُ فلَنا فيه مَنْعٌ ، وإن سَلَّمْناه فالثانى غيرُ الأوَّلِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : وإذا غَصَبَ شيئا ببَلَدٍ ، فلَقِيَهُ ببَلَدٍ آخَرَ ، فطَالَبَهُ به ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان أثْمانًا ، لَزِمَهُ دَفْعُهما إليه ؛ لأنَّ الأثْمانَ قِيَمُ الأشْياءِ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُ قِيمَتِها ، وإن كان[9] غيرَها وكان[9] من المِثْلِيَّاتِ وقِيمَتُهُ فى البَلَدَيْنِ واحِدَةٌ ، أو كانت قِيمَتُه فى بَلَدِ الغَصْبِ أكْثَرَ ، لَزِمَهُ أداءُ مِثْلِه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ عليه . وكذلك إن كانت قِيمَتُه مُخْتَلِفَةً إلَّا أنَّه لا مُؤْنَةَ لِحَمْلِه ، فله المُطَالَبَةُ بمِثْلِه ؛ لأنَّه أمْكَنَهُ رَدُّ المِثْلِ من غير ضَرَرٍ يَلْحَقُه . وإن كان لِحَمْلِه مُؤْنَةٌ ، وقِيمَتُه فى البَلَدِ الذى غَصَبَهُ فيه أقَلُّ ، فليس عليه رَدُّهُ ولا رَدُّ مِثْلِه ؛ لأنَّنا لا نُكَلِّفُه مُؤْنَةَ النَّقْلِ إلى بَلَدٍ لا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَه فيه ، ولِلْمَغْصُوبِ منه الخِيَرَةُ بين الصَّبْرِ إلى أن يَسْتَوْفِيَهُ فى بَلَدِه ، وبينَ المُطَالَبَةِ فى الحال بِقيمَتِه فى البَلَدِ الذى غَصَبَهُ فيه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ رَدُّه ورَدُّ مثلِه . وإن كان من المُتَقَوَّماتِ ، فله المُطَالَبَةُ بِقيمَتِه فى البَلَدِ الذى غَصَبَه فيه ، ومتى قَدَرَ على رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ ، رَدَّها ، واسْتَرْجَعَ / بَدَلَها ، على ما ذَكَرْناهُ فى المَسْأَلَةِ قبلَ هذا . ١٧/٥ظ

٨٦٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ غَصَبَها حَامِلًا ، فوَلَدَتْ فِى يَدِه ، ثُمَّ مَاتَ الوَلَدُ ، أخَذَها سَيِّدُها وقِيمَةَ وَلَدِهَا ، أكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيمَتُه)

الكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ فى أمْرَيْنِ ؛ أحَدِهما ، أنَّه إذا غَصَبَ حامِلًا من الحَيَوانِ ،

---

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى م : « كانت » .

أَمَةً[1] أو غيرَها ، فالوَلَدُ مَضْمُونٌ ، كذلك لو غَصَبَها[2] حائِلًا[3] ، فحَمَلَتْ عنده ، ووَلَدَتْ ، ضَمِنَ وَلَدَها . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : لا يَجِبُ ضَمَانُ الوَلَدِ فى الصُّورَتَيْنِ ؛ لأنَّه ليس بمَغْصُوبٍ ، إذِ الغَصْبُ فِعْلٌ مَحْظورٌ ، ولم يُوجَدْ ، فإنَّ المَوْجُودَ ثُبُوتُ اليَدِ عليه ، وليس ذلك من فِعْلِه ؛ لأنَّه انْبَنَى على وُجُودِ الوَلَدِ ، ولا صُنْعَ له فيه . ولَنا ، أنَّ ما ضَمِنَ خارِجَ الوِعَاءِ ضَمِنَ ما[4] فيه ، كالدُّرَّةِ فى الصَّدَفَةِ ، والجَوْزِ ، واللَّوْزِ ؛ لأنَّه مَغْصُوبٌ فيُضْمَنُ ، كالأُمِّ ، فإنّ الوَلَدَ إمَّا أن يكونَ مَوْدُوعًا فى الأُمِّ ، كالدُّرَّةِ فى الحُقَّةِ ، وإمَّا أن يكونَ كأَجْزائِها ، وفى كلا المَوْضِعَيْنِ ، الاسْتِيلَاءُ على الظَّرْفِ ، والاسْتِيلَاءُ على الجُمْلَةِ اسْتِيلَاءٌ على الجُزْءِ المَطْرُوقِ ، فإنْ أَسْقَطَتْهُ مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لا تُعْلَمُ حَيَاتُه ، ولكنْ يَجِبُ ما نَقَصَتِ الأُمُّ عن كَوْنِها حامِلًا ، وأمَّا إذا حَدَثَ الحَمْلُ ، فقد سَبَقَ الكلامُ فيه . الأمْرُ الثانى ، أنَّه[5] يَلْزَمُه رَدُّ المَوْجُودِ من المَغْصُوبِ وقِيمَةِ التَّالِفِ ، فإنْ كانت قِيمَةُ التَّالِفِ لا تَخْتَلِفُ من حين الغَصْبِ إلى حين الرَّدِّ ، رَدَّهَا ، وإن كانت تَخْتَلِفُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان اخْتِلَافُهُما لِمَعْنًى فيه ، من كِبَرٍ وصِغَرٍ ، وسِمَنٍ وهُزَالٍ ، وتَعَلُّمٍ ونِسْيانٍ ، ونحوِ ذلك من المَعَانِى التى تَزِيدُ بها القِيمَةُ وتَنْقُصُ ، فالواجِبُ القِيمَةُ أكْثَرَ ما كانت ، لأنَّها مَغْصُوبَةٌ فى الحالِ [6]التى زَادَتْ فيها[6] ، والزِّيَادَةُ لِمَالِكِها مَضْمُونَةً على الغاصِبِ ، على ما قَرَّرْناهُ فيما مَضَى ، فإن كانت زائِدَةً حين تَلَفِها ، لَزِمَتْهُ قِيمَتُها حِينَئِذٍ ؛ لأنَّه كان يَلْزَمُه رَدُّها زَائِدَةً ، فلَزِمَتْهُ قِيمَتُها كذلك ، وإن كانت زائِدَةً قبلَ تَلَفِها ، ثم نَقَصَتْ عندَ تَلَفِها ، لَزِمَهُ

---

(١) فى ب زيادة : « كانت » .

(٢) فى ب ، م : « غصب » .

(٣) الحائل : التى لم تحمل .

(٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٥) فى الأصل : « أن » .

(٦ – ٦) فى ب : « الذى زادت فيه » .

قِيمَتُها حين كانت زائِدَةً ؛ لأنَّه لو رَدَّها ناقِصَةً لَلَزِمَهُ أَرْشُ نَقْصِها ، وهو بَدَلُ الزِّيَادَةِ ، فإذا ضَمِنَ الزِّيَادَةَ مع رَدِّها ، ضَمِنَها عندَ تَلَفِها ، فإن كان اخْتِلَافُها لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، لم يَضْمَن الزِّيَادَةَ ؛ لأَنَّ نُقْصَانَ[7] القِيمَةِ لذلك لا يُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فلا يُضْمَنُ عند تَلَفِها . وحَمَلَ القاضى قولَ الخِرَقِىِّ على ما إذا اخْتَلَفَتِ القِيمَةُ لِتَغَيُّرِ الأَسْعَارِ . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ، لأَنَّ أَكْثَرَ القِيمَتَيْنِ فيه لِلْمَغْصُوبِ منه ، فإذا تَعَذَّرَ رَدُّهَا ضَمِنَها ، كقِيمَتِه يومَ / التَّلَفِ ، وإنَّما سَقَطَتِ القِيمَةُ مع رَدِّ العَيْنِ. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لما ذَكَرْنا ، وتُفارِقُ هذه الزِّيَادَةُ زِيَادَةَ المَعَانِى ؛ لأَنَّ تلك تُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فكذلك مع تَلَفِها ، وهذه لا تُضْمَنُ مع رَدِّ العَيْنِ ، فكذلك مع تَلَفِها . وقولُهم : إنَّها سَقَطَتْ بِرَدِّ العَيْنِ[8] . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها لو وَجَبَتْ لما سَقَطَتْ بالرَّدِّ ، كزِيَادَةِ السِّمَنِ والتَّعَلُّمِ[9] . قال القاضى : لم أجِدْ عن أحمدَ رِوَايةً بأنَّها تُضْمَنُ بأَكْثَرِ القِيمَتَيْنِ ؛ لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ . فعلى هذا تُضْمَنُ بقِيمَتِها يوم التَّلَفِ . رَوَاهُ الجماعَةُ عن أحمدَ . وعنه أنَّها تُضْمَنُ بقِيمَتِها يومَ الغَصْبِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومَالِكٍ ، لأنَّه الوَقْتُ الذى أَزَالَ يَدَهُ عنه فيه[10] فيَلْزَمُه القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، كما لو أَتْلَفَهُ . ولَنا ، أنَّ القِيمَةَ إنَّما تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ حين التَّلَفِ ؛ لأنَّ قبلَ ذلك كان الواجِبُ رَدَّ العَيْنِ دُونَ قِيمَتِها ، فاعْتُبِرَتْ تلك الحالَةُ[11] ، كما لو لم تَخْتَلِفْ قِيمَتُه . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ إمْسَاكَ المَغْصُوبِ غَصْبٌ ، فإنَّه فِعْلٌ يَحْرُمُ[12] عليه تَرْكُه فى كلِّ حالٍ ، وما رُوِىَ عن أحمدَ من اعْتِبارِ القِيمَةِ بيوم الغَصْبِ ، فقال الخَلَّالُ : جَبُنَ أحمدُ عنه . كأنَّه رَجَعَ إلى قَوْلِه الأَوَّلِ .

٥/١٨و

---

(٧) فى ب : « نقص » .

(٨) فى الأصل زيادة : « قلنا » .

(٩) فى الأصل : « والتعليم » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

(١١) فى ب : « الحال » .

(١٢) فى م : « يجب » .

فصل : وإن كان المَغْصُوبُ من المِثْلِيَّاتِ فتَلِفَ ، وَجَبَ رَدُّ مثله فإن فُقِدَ المِثْلُ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه يوم انْقِطَاعِ المِثْلِ . وقال القاضى : تَجِبُ قِيمَتُه يومَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لأنَّ الواجِبَ المِثْلُ إلى حينِ قَبْضِ البَدَلِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو وُجِدَ المِثْلُ بعدَ فَقْدِه[13] ، لَكان الواجِبُ هو دُونَ القِيمَةِ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، وأكْثَرُ أصْحَابِ الشّافِعِىِّ : تَجِبُ قِيمَتُه يومَ المُحَاكَمَةِ ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَنْتَقِلْ إلى ذِمَّتِه إلَّا حين حَكَمَ بها الحاكِمُ . ولَنا ، أنَّ القِيمَةَ وَجَبَتْ فى الذِّمَّةِ حينَ انْقِطَاعِ المِثْلِ ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، كتَلَفِ المُتَقَوَّمِ ، ودَلِيلُ وُجُوبِها حِينَئِذٍ أنَّه يَسْتَحِقُّ طَلَبَها واسْتِيفَاءَها ، ويَجِبُ على الغاصِبِ أدَاؤُها ، ولا يَنْفِى وُجُوبَ المِثْلِ ؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عنه ، والتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعِى الوُسْعَ ، ولأنَّه لا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ المِثْلِ ولا اسْتِيفَاءَه ، ولا يَجِبُ على الآخرِ أدَاؤُه ، فلم يكُنْ وَاجِبًا كحَالَةِ المُحاكَمَةِ . وأمَّا إذا قَدَرَ على المِثْلِ بعدَ فَقْدِه ، فإنَّه يَعُودُ وُجُوبُه ؛ لأنَّه الأَصْلُ قَدَرَ عليه قبلَ أدَاءِ البَدَلِ ، فأَشْبَهَ القُدْرَةَ على الماءِ بعدَ التَّيَمُّمِ ، ولهذا لو قَدَرَ عليه بعدَ المُحاكَمَةِ وقبلَ الاسْتِيفَاءِ ، لَاسْتَحَقَّ[14] المالِكُ طَلَبَهُ وأَخْذَه . وقد رُوِىَ / عن أحمدَ فى رَجُلٍ أخذَ من رَجُلٍ أرْطالًا مِن كذا وكذا : أَعْطَاهُ على السِّعْرِ يومَ أَخَذَهُ ، لا يومَ يُحَاسِبُه . وكذلك رُوِىَ عنه فى حَوائِجِ البَقَّالِ : عليه القِيمَةُ يومَ الأَخْذِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ القِيمَةَ تُعْتَبَرُ يومَ الغَصْبِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى الفَصْلِ قبلَ هذا . ويُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بين هذا وبين الغَصْبِ من قبلُ أنَّ ما أَخَذَهُ هٰهُنا بإِذْنِ مالِكِه ، مَلَكَهُ وحَلَّ له التَّصَرُّفُ فيه ، فَتَثْبُتُ قِيمَتُه يومَ مَلَكَهُ ، ولم يَتَغَيَّرْ ما ثَبَتَ فى ذِمَّتِه بتَغَيُّرِ قِيمَةِ ما أَخَذَه ؛ لأنَّه مَلَكَهُ ، والمَغْصُوب مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، والواجِبُ رَدُّه لا قِيمَتُه ، وإنَّما تَثْبُتُ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ يومَ تَلَفِه ، أو انْقِطَاعِ مِثْلِه ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، وتَغَيَّرَتْ بتَغَيُّرِه قبلَ ذلك ، فأمَّا إن كان المَغْصُوبُ باقِيًا ، وتَعَذَّرَ رَدُّه ، فأَوْجَبْنا رَدَّ قِيمَتِه ، فإنَّه يُطَالِبُه بقِيمَتِه يومَ قَبْضِها ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَثْبُتْ فى الذِّمَّةِ قبلَ ذلك ، ولهذا يَتَخَيَّرُ بين أَخْذِها والمُطَالَبَةِ بها ، وبينَ الصَّبْرِ إلى

١٨/٥ ظ

(١٣) فى ب : « هذه » .

(١٤) فى الأصل ، ب : « لا يستحق » .

وَقْتِ إِمْكانِ الرَّدِّ ومُطَالَبَةِ الغاصِبِ بالسَّعْيِ فى رَدِّه ، وإنَّما يَأْخُذُ القِيمَةَ لأَجْلِ الحَيْلُولةِ بينَه وبينَه ، فيُعْتَبرُ ما يَقُومُ مَقامَه ، ولأنَّ مِلْكَهُ لم يَزُلْ عنه ، بِخِلَافِ غيرِه .

٨٦٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغاصِبِ رَدُّه ، وأَجْرُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِهِ فِى يَدَيْه)

هذه المسألة تَشْتَمِلُ على حُكْمَيْنِ ؛ أحدِهما ، وُجُوبُ رَدِّ المَغْصُوبِ . والثانى ، رَدُّ أُجْرَتِه . أمَّا الأَوَّلُ فإنَّ المَغْصُوبَ متى كان باقِيًا ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ ، وابنُ ماجه ، والتِّرْمِذِيُّ[1] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عبدُ اللهِ بن السّائِبِ بن يَزِيدَ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِه لَاعِبًا[2] جَادًّا ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا »[3] . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[4] . يَعْنِى أنَّه يَقْصِدُ المَزْحَ مع صَاحِبِه بأَخْذِ مَتَاعِه ، وهو جَادٌّ فى إِدْخَالِ الغَمِّ والغَيْظِ عليه . ولأنَّه أزَالَ يَدَ المالِكِ عن مِلْكِه بغيرِ حَقٍّ ، فلَزِمَهُ[5] إعَادَتُها . وأَجْمَعَ العُلَماءُ على وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ إذا كان باقِيًا بحَالِه لم يَتَغَيَّرْ ، ولم يَشْتَغِلْ بغَيْرِه . فإن غَصَبَ شيئا ، فبَعَّدَه ، لَزِمَهُ[6] رَدُّه ، وإن غَرِمَ عليه أضْعَافَ قِيمَتِه ؛ لأنَّه جَنَى بتَبْعِيدِه ، فكان ضَرَرُ ذلك عليه . فإن قال الغاصِبُ : خُذْ مِنِّى أَجْرَ رَدِّه ، وتَسَلَّمْهُ مِنِّى هٰهُنا . أو بَذَلَ له أكْثَرَ من قِيمَتِه ولا يَسْتَرِدُّه ، لم[7] يَلْزَم / ١٩/٥ و

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(٢) فى ب زيادة : « ولا » .

(٣) فى الأصل : « فله ردها » .

(٤) فى : باب من يأخذ الشىء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٩٧ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٩ / ٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٢١ .

(٥) فى الأصل : « فلزمته » .

(٦) فى ب ، م : « فلزم » .

(٧) فى الأصل : « ولم » .

المالِكَ قَبُولُ ذلك[٨] ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ فلا يُجْبَرُ عليها ، كالبَيْعِ . وإن قال المالِكُ : دَعْهُ لى فى مَكَانِه الذى نَقَلْتَه إليه . لم يَمْلِكِ الغاصِبُ رَدَّه ؛ لأنَّه أسْقَطَ عنه حَقًّا فسَقَطَ وإن لم يَقْبَلْهُ ، كما لو أبْرَأَهُ من دَيْنِه . وإن قال : رُدَّهُ لى إلى بعضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّه يَلْزَمُه جَمِيعُ المَسَافَةِ ، فلَزِمَهُ بعضُها المَطْلُوبُ ، وسَقَطَ عنه ما أسْقَطَهُ . وإن طَلَبَ منه حَمْلَهُ إلى مكانٍ آخَرَ فى غير طَرِيقِ الرَّدِّ ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ ذلك ، سواءٌ كان أقْرَبَ من المَكَانِ الذى يَلْزَمُه رَدُّه إليه أو لم يكُنْ ؛ لأنَّه مُعَاوَضَةٌ . وإن قال : دَعْهُ فى مَكَانِه ، وأعْطِنِى أجْرَ رَدِّه . لم يُجْبَرْ على إجَابَتِه ؛ لذلك . ومهما اتَّفَقَا عليه من ذلك جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما .

فصل : وإن غَصَبَ شيئا ، فشَغَلَهُ بمِلْكِه ، كخَيْطٍ خَاطَ به ثَوْبًا ، أو نحوِه ، أو حَجَرًا بنى عليه ، نَظَرْنا ؛ فإن بَلِىَ الخَيْطُ ، أو انْكَسَرَ الحَجَرُ ، أو كان مَكانَه خَشَبَةٌ فتَلِفَتْ ، لم يَأْخُذْ بِرَدِّهِ ، ووَجَبَتْ قِيمَتُه ؛ لأنَّه صارَ هالِكًا ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه . وإن كان باقِيًا بحالِه ، لَزِمَهُ[٩] رَدُّه ، وإن انْتَقَضَ البِنَاءُ ، وتَفَصَّلَ الثَّوْبُ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ رَدُّ الخَشَبَةِ والحَجَرِ ؛ لأنَّه صارَ تابِعًا لِمِلْكِه يَسْتَضِرُّ بقَلْعِه ، فلم يَلْزَمْ رَدُّه ، كما لو غَصَبَ خَيْطًا فخَاطَ به جُرْحَ عَبْدِه . ولَنا ، أنَّه مَغْصُوبٌ أمْكَنَ رَدُّه ، ويجوزُ له فوَجَبَ ، كما لو بَعُدَ العَيْنَ ، ولا يُشْبِهُ الخَيْطَ الذى يُخَافُ على العَبْدِ من قَلْعِه ؛ لأنَّه لا يَجوزُ له رَدُّه ، لما فى ضِمْنِه من تَلَفِ الآدَمِىِّ . ولأنَّ حاجَتَهُ إلى ذلك تُبِيحُ أخْذَه ابْتِداءً ، بِخِلَافِ البِنَاءِ ، وإن خَاطَ بالخَيْطِ جُرْحَ حَيَوانٍ ، فذلك على أقْسامٍ ثلاثةٍ ؛ أحدِها ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ لا حُرْمَةَ له ، كالمُرْتَدِّ والخِنْزِيرِ والكَلْبِ العَقُورِ ، فيَجِبُ نَزْعُه ورَدُّه ؛ لأنَّه لا يتَضَمَّنُ[١٠] تَفْوِيتَ ذى حُرْمَةٍ ، فأشْبَه ما لو خَاطَ به ثَوْبًا . والثانى ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ مُحْتَرَمٍ ، لا يَحِلُّ أكْلُه ،

---

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى الأصل : « لزم » .

(١٠) فى م : « يضمن » .

كالآدَمِيِّ ، فإن خِيفَ من نَزْعِه الهَلَاكُ أو إبْطَاءُ بُرْئِه ، فلا يَجبُ نَزْعُه ؛ لأنَّ الحَيَوانَ آكَدُ حُرْمَةً من عَيْنِ المَالِ ، ولهذا يجوزُ له أخذُ[11] مالِ غيرِه لِيَحْفَظَ حَيَاتَه ، وإتْلَافُ المَالِ لِتَبْقِيَتِه ، وهو ما يَأْكُلُه . وكذلك الدَّوَابُّ التي لا يُؤْكَلُ لَحْمُها ، كالبَغْلِ والحِمَارِ الأَهْلِيِّ . الثالث ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ مَأْكُولٍ ، فإن كان مِلْكًا لغيرِ الغاصِبِ ، وخِيفَ تَلَفُه / بِقَلْعِه ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ فيه إضْرَارًا بصَاحِبِه ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولا يَجِبُ إتْلَافُ مالِ مَن لم يَجْنِ صِيَانَةً لمالِ آخَرَ ، وإن كان الحَيَوانُ للغاصِبِ ، فقال القاضى :[12] يَجِبُ رَدُّه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ ذَبْحُ الحَيَوانِ والانْتِفاعُ بلَحْمِه ، وذلك جائِزٌ ، وإن حَصَلَ فيه نَقْصٌ على الغاصِبِ ، فليس ذلك بمَانِعٍ من وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ ، كنَقْصِ البِنَاءِ لِرَدِّ الحَجَرِ المَغْصُوبِ . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، هذا . والثانى ، لا يَجبُ قَلْعُه ؛ لأنَّ لِلْحَيَوانِ حُرْمَةً فى نَفْسِه ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[13] . ولأَصْحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ. ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين ما يُعَدُّ لِلأَكْلِ من الحَيَوانِ ، كبَهِيمَةِ الأَنْعَامِ والدَّجَاجِ وأَكْثَرِ الطَّيْرِ ، وبينَ مالا يُعَدُّ له ، كالخَيْلِ والطَّيْرِ المَقْصُودِ صَوْتُه ؛ فالأَوَّلُ يَجبُ ذَبْحُه إذا تَوَقَّفَ رَدُّ المَغْصُوبِ عليه . والثانى ، لا يَجبُ ؛ لأنَّ ذَبْحَهُ إتْلَافٌ له ، فجَرَى مَجْرَى مالا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ . ومتى أَمْكَنَ رَدُّ الخَيْطِ من غيرِ تَلَفِ الحَيَوانِ ، أو تَلَفِ بعضِ أعْضَائِه ، أو ضَرَرٍ كَثِيرٍ ، وَجَبَ رَدُّه .

فصل : وإن غَصَبَ فَصِيلًا ، فأَدْخَلَهُ دَارَه ، فكَبِرَ ولم يَخْرُجْ من البابِ ، أو خَشَبَةً وأَدْخَلَها دَارَه ، ثم بَنَى البابَ ضَيِّقًا ، لا يَخْرُجُ منه إلَّا بنَقْضِه ، وَجَبَ نَقْضُه ، ورَدُّ الفَصِيلِ والخَشَبَةِ ، كما يُنْقَضُ البِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ[14] ، فإن كان حُصُولُه فى الدَّارِ بغير

---

(11) سقط من : م .

(12) فى م زيادة : « لا » .

(13) فى ب ، م : « أكله » .

وأخرجه النسائى ، فى : باب إباحة صيد العصافير ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧ / ١٨٣ . وذكره الحافظ ابن حجر فى التلخيص ، وعزاه إلى أبى داود فى المراسيل . تلخيص الحبير ٣ / ٥٥ .

(14) الساج : نوع من الخشب .

تَفْرِيطٍ من صَاحِبِ الدّارِ ، (١٥نَقَضَ البابَ ، وضَمَانُه على صَاحِبِ الفَصِيلِ ؛ لأنَّـه لِتَخْلِيصِ مالِه من غيرِ تَفْرِيطٍ من صاحِبِ الدّارِ ١٥) . وأمَّا الخَشَبَةُ فإنْ كان كَسْرُها أَكْثَرَ ضَرَرًا مِن نَقْضِ البابِ ، فهى كالفَصِيلِ ، وإن كان أقَلَّ ، كُسِرَتْ . ويَحْتَمِـلُ فى الفَصِيلِ مثلَ هذا ، فإنَّه متى كان ذَبْحُه أقَلَّ ضَرَرًا ، ذُبِحَ وأُخْرِجَ لَحْمُهُ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الخَشَبةِ ، وإن كان حُصُولُه فى الدّارِ بِعُدْوانٍ من صَاحِبِه ، كرَجُلٍ غَصَبَ دَارًا فأَدْخَلَهَا فَصِيلًا ، أو خَشَبَةً ، أو تَعَدَّى على إنْسانٍ ، فأَدْخَلَ دَارَه فَرَسًا ونحوَهـا ، كُسِرَتِ الخَشَبَةُ ، وذُبِحَ الحَيَوانُ ، وإن زادَ ضَرَرُه على نَقْضِ البِنَاءِ ؛ لأَنَّ سَبَبَ هذا الضَّرَرِ عُدْوانُه ، فيُجْعَلُ عليه دُونَ غيرِه . ولو بَاعَ دارًا فيها خَوابِى(١٦) لا تَخْـرُجُ إلَّا بِنَـقْضِ البابِ ، أو خَزَائِنُ أو حَيوانٌ ، وكان نَقْضُ البابِ أقَلَّ ضَرَرًا من بَقَاءِ ذلك فى الدَّارِ ، أو تَفْصِيلِه ، أو ذَبْحِ الحَيَوانِ ، نُقِضَ ، وكان إصْلَاحُه على البائِعِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مالِه ، وإن كان أَكْثَرَ ضَرَرًا ، لم يُنْقَضْ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فيه ، ويَصْطَلِحَانِ على ذلك ، إمَّا بأن يَشْتَرِيَهُ مُشْتَرِى الدَّارِ ، أو غيرِ ذلك .

٥/٢٠و **فصل** : وإن غَصَبَ جَوْهَرَةً ، / فَابْتَلَعَتْها بَهِيمَةٌ ، فقال أصْحَابُنا : حُكْمُها حُكْمُ الخَيْطِ الذى خَاطَ به جُرْحَها . ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَوْهَرَةَ متى كانت أَكْثَـرَ من قِيمَـةِ الحَيَوانِ ، ذُبِحَ الحَيَوانُ ، ورُدَّتْ إلى مَالِكِها ، وضَمَانُ الحَيَوانِ على الغاصِبِ ، إلَّا أن يكونَ الحَيَوانُ آدَمِيًّا . وفارَقَ(١٧) الخَيْطَ ؛ لأنَّه فى الغالِبِ أقَلُّ قِيمَـةً من الحَيَـوانِ ، والجَوْهَرَةُ أَكْثَرُ قِيمَةً ، ففى ذَبْحِ الحَيَوانِ رِعَايَةُ حَقِّ المالِكِ بِرَدِّ عَيْنِ مالِه إليه ، ورِعَايَةُ حَقِّ الغاصِبِ بِتَقْلِيلِ الضَّمَانِ عليه . وإن ابْتَلَعَتْ شَاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةَ آخَرَ غيرَ مَغْصُوبَةٍ ، ولم يُمْكِنْ إخْرَاجُها إلَّا بِذَبْحِ الشَّاةِ ، ذُبِحَتْ إذا كان ضَرَرُ ذَبْحِها أَقَلَّ ، وكان ضَمَانُ نَقْصِها على صاحِبِ الجَوْهَرَةِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مالِه ، إلَّا أن يكونَ التَّفْرِيطُ من صاحِبِ

(١٥-١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) الخابية : وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(١٧) فى الأصل : « ويفارق » .

الشّاةِ ، بكَوْنِ يَدِه عليها ، فلا شَىْءَ [18]على صاحبِ[18] الجَوْهَرَةِ ؛ لأنَّ التَّفرِيطَ من صاحِبِ الشّاةِ ، فالضَّرَرُ عليه . وإن أَدْخَلَتْ رَأْسَها فى قُمْقُمٍ ، فلم يُمْكِنْ إخراجُه[19] إلَّا بِذَبْحِها ، وكان الضَّرَرُ فى ذَبْحِها أَقَلَّ ، ذُبِحَتْ . وإن كان الضَّرَرُ فى كَسْرِ القُمْقُمِ أقَلَّ ، كُسِرَ القُمْقُمُ ، وإن كان التَّفْرِيطُ من صاحِبِ الشّاةِ ، فالضَّمَانُ عليه ، وإن كان التَّفْرِيطُ من صاحِبِ القُمْقُمِ ، بأن وَضَعَهُ فى الطَّرِيقِ ، فالضَّمَانُ عليه ، وإن لم يكُنْ منهما[20] تَفْرِيطٌ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ الشّاةِ إن كُسِرَ القُمْقُمُ ؛ لأنَّه كُسِرَ لِتَخْلِيصِ شَاتِه ، وإن ذُبِحَتِ الشّاةُ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ القُمْقُمِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ قُمْقُمِه ، فإن قال مَن عليه الضَّمانُ منهما : أنا أُتْلِفُ مَالِى ، ولا أُغْرَمُ شيئا للآخَرِ . فلَه ذلك ؛ لأنَّ إتْلَافَ مالِ الآخَرِ إنَّما كان لِحَقِّهِ ، وسَلَامَةِ مَالِه وتَخْلِيصِه ، فإذا رَضِىَ بتَلَفِه ، لم يَجُزْ إتْلَافُ غيرِه . وإن قال : لا أُتْلِفُ مَالِى ، ولا أُغْرَمُ شيئا ، لم نُمَكِّنْه مِن إتْلَافِ مالِ صَاحِبِه ، لكنَّ صَاحِبَ القُمْقُمِ لا يُجْبَرُ على شىءٍ ؛ لأنَّ القُمْقُمَ لا حُرْمَةَ له ، فلا يُجْبَرُ صَاحِبُه على تَخْلِيصِه ، وأمَّا صاحِبُ الشَّاةِ فلا يَحِلُّ له تَرْكُها ؛ لما فيه من تَعْذِيبِ الحَيَوانِ ، فيُقال له : إمَّا أن تَذْبَحَ الشّاةَ لِتُرِيحَها من العَذَابِ ، وإمَّا أن تَغْرَمَ القُمْقُمَ لِصَاحِبِه ، إذا كان كَسْرُه أَقَلَّ ضَرَرًا ، ويُخَلِّصُها ؛ لأنَّ ذلك من ضَرُورَةِ إبْقَائِها أو تَخْلِيصِها من العَذَابِ ، فلَزِمَهُ ، كعَلَفِها . وإن كان الحَيَوانُ غيرَ مَأْكُولٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ المَأْكُولِ فيما ذَكَرْنَا . واحْتَمَلَ أن يُكْسَرَ القُمْقُم . وهو قولُ أَصْحابِنَا ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فى ذَبْحِه ، ولا هو مَشْرُوعٌ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[21] . ويَحْتَمِلُ أن يَجْرِىَ مَجْرَى المَأْكُولِ فى أنَّه متى كان قَتْلُه أَقَلَّ ضَرَرًا ، وكانت الجِنَايَةُ من صَاحِبِه ، قُتِلَ ؛ / لأنَّ حُرْمَتَهُ مُعارِضَةٌ لِحُرْمَةِ الآدَمِىِّ الذى يُتْلِف ٢٠/٥ظ

(١٨-١٨) فى ب ، م : « لصاحب » .

(١٩) فى ب ، م : « إخراجها » .

(٢٠) فى الأصل : « منه » .

(٢١) فى م : « أكله » .

مَالَه ، والنَّهْىُ عن ذَبْحِه مُعَارِضٌ بالنَّهْىِ عن إضَاعَةِ المالِ ، وفى كَسْرِ القُمْقُمِ مع كَثْرَةِ قِيمَتِه إضَاعَةٌ لِلْمَالِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن غَصَبَ دِينَارًا ، فوَقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، أو أخذَ دِينارَ غيرِه ، فَسَهَا فوقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، كُسِرَتْ ، ورَدَّ الدِّينَارَ ، كما يُنْقَضُ البِنَاءُ لِرَدِّ السّاجَةِ ، وكذلك إن كان دِرْهَمًا أو أقلَّ منه ، وإن وَقَعَ من غيرِ فِعْلِه ، كُسِرَتْ لِرَدِّ الدِّينَارِ إنْ أَحَبَّ صَاحِبُه ، والضَّمَانُ عليه ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مَالِه . وإن غَصَبَ دِينَارًا ، فوَقَعَ فى مِحْبَرَةِ آخرَ بِفِعْلِ الغاصِبِ أو بغيرِ[22] فِعْلِه ، كُسِرَتْ لِرَدِّه ، وعلى الغاصِبِ ضَمَانُ المِحْبَرَةِ ؛ لأنَّه السَّبَبُ فى كَسْرِهَا . وإن كان كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا من تَبْقِيَةِ الواقِعِ فيها ، ضَمِنَهُ الغاصِبُ ، ولم تُكْسَرْ . وإن رَمَى إنْسَانٌ دِينَارَهُ فى مِحْبَرَةِ غيرِه[23] عُدْوَانًا[24] ، فأَبَى صَاحِبُ المِحْبَرَةِ كَسْرَها ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ صَاحِبَهُ تَعَدَّى بِرَمْيِه فيها ، فلم يُجْبَرْ صَاحِبُها على إتْلَافِ مالِه لإزَالَةِ ضَرَرِ عُدْوَانِه عن نَفْسِه ، وعلى الغاصِبِ نَقْصُ المِحْبَرَةِ بِوُقُوعِ الدِّينَارِ فيها ، ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على كَسْرِهَا لِرَدِّ عَيْنِ مالِ الغاصِبِ ، ويَضْمَنَ الغاصِبُ قِيمَتَها ، كما لو غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه ، مَلَكَ حَفْرَ الأَرْضِ بغيرِ إذْنِ المالِكِ لأَخْذِ غَرْسِه ، ويَضْمَنُ نَقْصَهَا بالحَفْرِ . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، لو كَسَرَها الغاصِبُ قَهْرًا ، لم يَلْزَمْهُ أكْثَرُ من قِيمَتِها .

فصل : وإن غَصَبَ لَوْحًا ، فرَقَعَ به سَفِينَةً ، فإن كانت على السّاحِلِ ، لَزِمَ قَلْعُه ورَدُّه ، وإن كانت فى لُجَّةِ البَحْرِ ، واللَّوْحُ فى أَعْلاهَا ، بحيثُ لا تَغْرَقُ بِقَلْعِه ، لَزِمَ قَلْعُه ، وإن خِيفَ غَرَقُها بقَلْعِه ، لم يُقْلَعْ حتى تَخْرُجَ إلى السّاحِلِ ، ولِصَاحِبِ اللَّوْحِ طَلَبُ قِيمَتِه ، فإذا أمكن رَدُّ اللَّوْحِ ، اسْتَرْجَعه ورَدَّ القِيمَةَ ، كما لو غَصَبَ عَبْدًا فأَبَقَ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كان فيها حَيَوانٌ له حُرْمَةٌ ، أو مالٌ لغيرِ الغاصِبِ ، لم يُقْلَعْ ، كالخَيْطِ . وإن كان فيها مالٌ للغاصِبِ ، أو لا مَالَ فيها ، ففيها وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، لا يُقْلَعُ .

---

(٢٢) فى ب ، م : « غير » .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى ب زيادة : « وظلما » .

والثانى : يُقْلَعُ فى الحالِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَ وإن أدَّى إلى تَلَفِ المالِ ، كَرَدِّ السَّاجَةِ المَبْنِيِّ عليها . ولأصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كهٰذَيْنِ . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ من غيرِ إتْلَافٍ ، فلم يَجُزِ الإتْلَافُ ، كما لو كان فيها مالُ غيرِه . وفارَقَ السَّاجَةَ فى البِنَاءِ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّهَا من غيرِ إتْلَافٍ .

٥/٢١و **فصل** : وإذا غَصَبَ شيئا ، فخَلَطَه بما يُمْكِنُ تَمْيِيزُه / منه ، كحِنْطَةٍ بشَعِيرٍ أو سِمْسِمٍ ، أو صِغَارِ الحَبِّ بكِبَارِه ، أو زَبِيبٍ أسْوَدَ بأحْمَرَ ، لَزِمَهُ تَمْيِيزُه ، ورَدُّه ، وأجْرُ المُمَيِّزِ عليه ، وإن لم يُمْكِنْ تَمْيِيزُ جَمِيعِه ، وَجَبَ تَمْيِيزُه ما أمْكَنَ ، وإن لم يُمْكِنْ تَمْيِيزُه ، فهو على خَمْسَةِ أضْرُبٍ ؛ أحَدها ، أن يَخْلِطَهُ بمِثْلِه من جِنْسِه ، كزَيْتٍ بزَيْتٍ ، أو حِنْطَةٍ بمِثْلِها ، أو دَقِيقٍ بمِثْلِه ، أو دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ بمِثْلِها ، فقال ابنُ حامِدٍ : يَلْزَمُه مثلُ المَغْصُوبِ منه . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه نَصَّ على أنَّه يكونُ شَرِيكًا به إذا خَلَطَهُ بغيرِ الجِنْسِ ، فيكونُ تَنْبِيهًا على ما إذا خَلَطَهُ بِجِنْسِه . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِيِّ ، إلَّا فى الدَّقِيقِ ، فإنَّه تَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأنَّه عِنْدَهم ليس بمِثْلِيٍّ . وقال القاضى : قِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّه يَلْزَمُه مِثْلُه ، إن شَاءَ منه ، وإن شَاءَ من غيرِه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه[٢٥] رَدُّ عَيْنِ مالِه بالخَلْطِ ، فأشْبَهَ ما لو تَلِفَ ؛ لأنَّه لا يَتَمَيَّزُ له شىءٌ من مَالِه . ولَنا ، أنَّه قَدَرَ على دَفْعِ بعضِ مَالِه إليه ، مع رَدِّ المِثْلِ فى الباقِى ، فلم يَنْتَقِلْ إلى المِثْلِ فى الجَمِيعِ ، كما لو غَصَبَ صَانِعًا ، فتَلِفَ نِصْفُه ، وذلك لأنَّه إذا دَفَعَ إليه منه ، فقد دَفَعَ إليه بعضَ مالِه وبَدَلَ الباقِى ، فكان أوْلَى من دَفْعِه من غيرِه . الضَّرْبُ الثانِى والثالث والرابع ، أن يَخْلِطَه بخَيْرٍ منه ، أو دُونَه ، أو بغيرِ جِنْسِه ، فظَاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّهما شَرِيكَانِ ، يُبَاعُ الجَمِيعُ ، ويُدْفَعُ إلى كلِّ واحِدٍ منهما قَدْرُ حَقِّه ؛ لأنَّه قال فى رِوَايَةِ أبِى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ له رَطْلُ زَيْتٍ ، وآخَرَ له رَطْلُ شَيْرَجٍ اخْتَلَطَا : يُبَاعُ الدُّهْنُ كلُّه ، ويُعْطَى كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حِصَّتِه ؛ وذلك لأنَّنا إذا فَعَلْنا ذلك ، أوْصَلْنَا إلى كلِّ واحِدٍ منهما[٢٦] عَيْنَ مالِه ، وإذا

---

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ب .

أمْكَنَ الرُّجُوعُ إلى عَيْنِ المالِ ، لم يُرْجَعْ إلى البَدَلِ . وإن نَقَصَ المَغْصُوبُ عن قِيمَتِه مُنْفَرِدًا ، فعلى الغاصِبِ ضَمَانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه حَصَلَ بِفِعْلِه . وقال القاضى : قِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّه يَلْزَمُ الغاصِبَ مِثْلُه ؛ لأنَّه صَارَ بالخَلْطِ مُسْتَهْلَكًا ، وكذلك لو اشْتَرَى زَيْتًا فخَلَطَه بزَيْتِه ، ثم أفْلَسَ ، صَارَ البائِعُ كبَعْضِ[27] الغُرَمَاءِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى عَيْنِ مالِه ، فكان له بَدَلُه ، كما لو كان تالِفًا . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ على ما إذا اخْتَلَطَا من غير غَصْبٍ ، فأمَّا المَغْصُوبُ ، فقد وُجِدَ من الغاصِبِ ما مَنَعَ المالِكَ من أخْذِ حَقِّه من المِثْلِيَّاتِ مُمَيَّزًا ، فلَزِمَهُ مِثْلُه ، كما لو أتْلَفَه ، إلَّا بأنْ / خَلَطَهُ بخَيْرٍ منه ، وبَذَلَ لِصَاحِبِه مثلَ حَقِّه منه ، لَزِمَهُ قَبُولُه ؛ لأنَّه أوْصَلَ إليه بعضَ حَقِّه بعَيْنِه ، وتَبَرَّعَ بالزِّيَادَةِ فى مِثْلِ الباقِى . وإن خَلَطَهُ بأدْوَنَ منه ، فرَضِىَ المالِكُ بأخْذِ قَدْرِ حَقِّه منه ، لَزِمَ الغاصِبَ بَذْلُه ؛ لأنَّه أمْكَنَه رَدُّ بعضِ المَغْصُوبِ ورَدُّ مثل الباقِى من غيرِ ضَرَرٍ . وقيل : لا يَلْزَمُ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّ حَقَّهُ انْتَقَلَ إلى الذِّمَّةِ ، فلم يُجْبَرْ على غير[28] مالٍ ، وإن بَذَلَه لِلْمَغْصُوبِ منه فأبَاهُ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه . وإن تَرَاضَيا بذلك ، جازَ ، وكان المالِكُ مُتَبَرِّعًا بتَرْكِ بعض حَقِّه . وإن اتَّفَقَا[29] على أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من حَقِّه من الرَّدِىءِ ، أو دون حَقِّه من الجَيِّدِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه رِبًا ؛ لأنَّه[30] يأْخُذُ الزَّائِدَ فى القَدْرِ عِوَضًا عن الجَوْدَةِ . وإن كان بالعَكْسِ ، فرَضِىَ بأخْذِ[31] دُونَ حَقِّه من الرَّدِىءِ ، أو سَمَحَ الغَاصِبُ فدَفَعَ أكْثَرَ من حَقِّه من الجَيِّدِ ، جَازَ[32] ؛ لأنَّه لا مُقَابِلَ للزِّيَادَةِ ، وإنَّما هى تَبَرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وإن خَلَطَه بغيرِ جِنْسِه ، فتَرَاضَيَا على أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من قَدْرِ حَقِّه أو أقَلَّ ، جازَ ؛ لأنَّه بَدَلُهُ من غيرِ جِنْسِه ، فلا تَحْرُمُ الزِّيَادَةُ بينهما . الضَّرْبُ الخامس ، أن يَخْلِطَه بما لا قِيمَةَ له ، كزَيْتٍ خَلَطَهُ بِمَاءٍ ، أو لَبَنٍ شَابَهُ بماءٍ ، فإن أمْكَنَ تَخْلِيصُه

٢١/٥ ظ

---

(٢٧) فى م : « كأسوة » .

(٢٨) فى الأصل : « عين » .

(٢٩) فى م : « اتفق » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) فى م : « جام » .

خَلَّصَهُ وردَّ نَقْصَه ، وإنْ لم يُمْكِنْ تَخْلِيصُه ، أو كان ذلك يُفْسِدُه ، رَجَعَ عليه بمِثْلِه ؛ لأنَّه صارَ كالهالِكِ، وإن لم يُفْسِدْه . رَدَّهُ وردَّ نَقْصَه . وإن احْتِيجَ فى تَخْلِيصِه إلى غَرَامَةٍ ، لَزِمَ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّه بِسَبَبِه . ولأَصْحابِ الشّافِعِىّ فى هذا الفَصْلِ نحوُ ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أَقْسامٍ : أَحَدُها ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ له . والثانى ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ لِلْمَغْصُوبِ منه . الثالث ، أن يَصْبُغَهُ بِصِبْغٍ لِغَيْرِهِما .

والأَوَّل لا يَخْلُو من ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحَدها ، أن يكونَ الثَّوْبُ والصِّبْغُ بحَالِهِما ، لم تَزِدْ قِيمَتُهما ولم تَنْقُصْ ، مثل إن كانت قِيمَةُ كلِّ واحِدٍ منهما خَمْسَةً ، فصارَتْ قِيمَتُهُما بعدَ الصِّبْغِ عَشَرَةً ، فهما شَرِيكانِ ؛ لأنَّ الصِّبْغَ عَيْنُ مالٍ له قِيمَةٌ ، فإن تَرَاضَيَا بتَرْكِه لهما ، جازَ ، وإن باعَاهُ ، فثَمَنُه بينهما نِصْفَيْنِ . الحالُ الثانى ، إذا زَادَتْ قِيمَتُهما ، فصَارَا يُساوِيَانِ عِشْرِينَ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان ذلك لزِيادَةِ الثِّيابِ فى السُّوقِ ، كانت الزِّيادَةُ لِصاحِبِ الثَّوْبِ ، وإن كانت لِزِيادَةِ الصِّبْغِ فى السُّوقِ ، فالزِّيادَةُ لِصاحِبِه ، وإن كانت لِزِيادَتِهِما / معا ، فهى بينهما على حَسَبِ زِيادَةِ كلِّ واحِدٍ منهما ، فإن تَساوَيَا فى الزِّيادَةِ فى السُّوقِ ، تَساوَى صاحِباهُما فيهما ، وإن زَادَ أحَدُهُما ثمانِيَةً والآخَرُ اثْنَيْنِ ، فهى بينهما كذلك ، وإن زَادَ بالعَمَلِ ، فالزِّيادَةُ بينهما ؛ لأنَّ عَمَلَ الغاصِبِ زَادَ به فى الثَّوْبِ والصِّبْغِ ، وما عَمِلَهُ فى المَغْصُوبِ لِلْمَغْصُوبِ منه إذا كان أثَرًا ، وزِيادَةُ مالِ الغاصِبِ له . وإن نَقَصَتِ القِيمَةُ لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، لم يَضْمَنْهُ الغاصِبُ ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن نَقَصَ لأَجْلِ العَمَلِ ، فهو على الغاصِبِ ؛ لأنَّه بتَعَدِّيه ، فإذا صَارَ قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا خَمْسَةً ، فهو كلُّه لِمَالِكِه ، ولا شىءَ للغاصِبِ ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَصَلَ بِعُدْوانِه ، فكان عليه ، وإن صَارَتْ قِيمَتُه سَبْعَةً ، صارَ الثَّوْبُ بينهما ، لِصاحِبِه خَمْسَةُ أسْباعِه ، ولِصاحِبِ الصِّبْغِ[33] سُبْعَاهُ . وإن زَادَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ فى السُّوقِ ، فصارَ يُساوِى

٢٢/٥ و

---

(٣٣) فى الأصل : « الثوب » خطأ .

سَبْعَةً ، ونَقَصَ الصِّبْغُ ، فصَارَ يُسَاوِى ثَلَاثَةً ، وكانت قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا عَشَرَةً ، فهو بينهما ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ سَبْعَةً ، ولِصَاحِبِ الصِّبْغِ ثَلَاثَةً . وإن سَاوَى اثْنَى عَشَرَ ، قُسِمَتْ بينهما ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ نِصْفُها وخُمْسُها ، ولِلْغَاصِبِ خُمْسُها وعُشْرُها ، وإن انْعَكَسَ الحالُ ، فصَارَ الثَّوْبُ يُسَاوِى فى السُّوقِ ثلاثةً ، والصِّبْغُ سَبْعَةً ، انْعَكَسَتِ القِسْمَةُ(٣٤) ، فصار(٣٥) لِصَاحِبِ الصِّبْغِ هٰهُنا ما كان لِصَاحِبِ الثَّوْبِ فى التى قَبْلَها ولِصَاحِبِ الثَّوْبِ مِثلُ(٣٦) ما كان لِصَاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأنَّ زِيَادَةَ السِّعْرِ لا تُضْمَنُ ، فإن أرادَ الغاصِبُ قَلْعَ الصِّبْغِ ، فقال أصْحَابُنَا : له ذلك ، سواءٌ أضَرَّ بالثَّوْبِ أو لم يَضُرَّ به(٣٦) ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إن نَقَصَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه ، فمَلَكَ أخْذَه ، كما لو غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه . ولم يُفَرِّقْ أصْحَابُنا بين ما يَهْلَكُ صِبْغُهُ بالقَلْعِ ، وبين مالا يَهْلَكُ . ويَنْبَغِى أن يُقَالَ : ما يَهْلَكُ بالقَلْعِ لا يَمْلِكُ قَلْعَه ؛ لأنَّه سَفَهٌ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يُمَكَّنُ من قَلْعِه إذا تَضَرَّرَ الثَّوْبُ بقَلْعِه ؛ لأنَّه قال فى المُشْتَرِى إذا بَنَى أو غَرَسَ فى الأرْضِ المَشْفُوعَةِ : فله أخْذُه ، إذا لم يكُنْ فى أخْذِه ضَرَرٌ . وقال أبو حنيفةَ : ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بالثَّوْبِ المَغْصُوبِ ، فلم يُمَكَّنْ منه ، كقَطْعِ خِرْقَةٍ منه ، وفارَقَ قَلْعَ الغَرْسِ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ يَحْصُلُ به نَفْعُ قَلْعِ العُرُوقِ من الأرْضِ . وإن اخْتَارَ المَغْصُوبُ منه قَلْعَ الصِّبْغِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ إجْبَارَ / الغاصِبِ عليه ، كما يَمْلِكُ إجْبَارَهُ على قَلْعِ شَجَرَةٍ من أرْضِه ، وذلك لأنَّه شَغَلَ مِلْكَه بمِلْكِه على وَجْهٍ أمْكَنَ تَخْلِيصُه ، فلَزِمَهُ تَخْلِيصُه ، وإن اسْتَضَرَّ الغاصِبُ ، كقَلْعِ الشَّجَرِ ، وعلى الغاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ الثَّوْبِ ، وأجْرُ القَلْعِ ، كما يَضْمَنُ ذلك فى الأرْضِ . والثانى ، لا يَمْلِكُ إجْبَارَهُ عليه ، ولا يُمَكَّنُ من قَلْعِه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ يَهْلَكُ بالاسْتِخْرَاجِ ، وقد أمْكَنَ

٢٢/٥ ظ

---

(٣٤) فى ب ، م : « القيمة » .

(٣٥) فى الأصل : « فصارت » .

(٣٦) سقط من : م .

وُصُولُ الحَقِّ إلى مُسْتَحِقِّه بدُونِه بالبَيْعِ ، فلم يُجْبَرْ على قَلْعِه ، كقَلْعِ الزَّرْعِ من الأَرْضِ ، وفارَقَ الشَّجَرَ ، فإنَّه لا يَتْلَفُ بالقَلْعِ . قال القاضى : هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، ولَعَلَّه أخَذَ ذلك من قولِ أحمدَ فى الزَّرْعِ ، وهذا[٣٧] مُخَالِفٌ لِلزَّرْعِ ؛ لأنَّ له غايَةً يَنْتَهِى إليها ، ولِصَاحِبِ الأَرْضِ أَخْذُه بنَفَقَتِه ، فلا يَمْتَنِعُ عليه اسْتِرْجَاعُ أَرْضِه فى الحالِ ، بخِلَافِ الصَّبْغِ ، فإنَّه لا نِهَايَةَ له إلَّا تَلَفُ الثَّوْبِ ، فهو أشْبَهُ بالشَّجَرِ فى الأَرْضِ . ولا يَخْتَصُّ وُجُوبُ القَلْعِ فى الشَّجَرِ بما لا يَتْلَفُ ، فإنَّه يُجْبَرُ على قَلْعِ ما يَتْلَفُ وما لا يَتْلَفُ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهَانِ كهٰذَيْنِ . وإن بَذَلَ رَبُّ الثَّوْبِ قِيمَةَ الصَّبْغِ للغاصِبِ لِيَمْلِكَه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لأنَّه إجْبَارٌ على بَيْعِ مالِه ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كما لو بَذَلَ له قِيمَةَ الغِرَاسِ . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على ذلك إذا لم يَقْلَعْهُ ، قِيَاسًا على الشَّجَرِ ، والبِنَاءِ فى الأَرْضِ المَشْفُوعَةِ ، والعَارِيَّةِ ، وفى الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ إذا لم يَقْلَعْهُ الغاصِبُ ، ولأنَّه أَمْرٌ يَرْتَفِعُ به النِّزَاعُ ، ويَتَخَلَّصُ به أحَدُهُما من صَاحِبِه من غيرِ ضَرَرٍ ، فأُجْبِرَ عليه ، كما ذَكَرْنا . وإن بَذَلَ الغاصِبُ قِيمَةَ الثَّوْبِ لِصَاحِبِه لِيَمْلِكَهُ ، لم يُجْبَرْ على ذلك ، كما لو بَذَلَ صاحِبُ الغِرَاسِ قِيمةَ الأَرْضِ لِمَالِكِها فى هذه المَوَاضِعِ . وإن وَهَبَ الغاصِبُ الصَّبْغَ لِمَالِكِ الثَّوْبِ ، فهل يَلْزَمُه قَبُولُه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدِهما ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الصَّبْغَ صارَ من صِفَاتِ العَيْنِ ، فهو كزِيَادَةِ الصِّفَةِ[٣٨] فى المُسْلَمِ فيه . الثانى ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ يُمْكِنُ إفْرَادُها ، فلم يُجْبَرْ على قَبُولِها . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُجْبَرُ ؛ لأنَّه قال فى الصَّدَاقِ : إذا كان ثَوْبًا فصبَغَه[٣٩] ، فبَذَلَتْ له نِصْفَهُ مَصْبُوغًا ، لَزِمَهُ قَبُولُه . وإن أَرَادَ المالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، وأَبَى الغاصِبُ ، فله بَيْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فلا يَمْلِكُ الغاصِبُ مَنْعَه من بَيْعِ مِلْكِه بِعُدْوَانِه . وإن أَرَادَ الغاصِبُ بَيْعَه ، لم يُجْبَرِ المالِكُ على بَيْعِه ؛ لأنَّه

---

(٣٧) فى ب : « وهو » .

(٣٨) فى الأصل : « الصبغة » .

(٣٩) فى ا ، ب : « فغصبه » .

مُتعَدٌّ ، فلم يَسْتَحِقَّ إزالَةَ مِلْكِ صاحِبِ الثَّوْبِ عنه بِعُدْوانِه . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ لِيَصِلَ الغاصِبُ إلى ثَمَنِ صِبْغِه .

القسم الثانى ، أن يَغْصِبَ ثَوْبًا وصِبْغًا من واحِدٍ ، فَيَصْبُغَه به ، فإن لم تَزِدْ قِيمَتُهُما ولم تَنْقُصْ ، رَدَّهُمَا / ولا شىءَ عليه . وإن زَادَتِ القِيمَةُ فهى لِلْمالِكِ ، ولا شىءَ للغاصِبِ ؛ لأنَّه[40] إنَّما له فى الصَّبْغِ أثَرٌ لا عَيْنٌ . وإن نَقَصَتْ بالصَّبْغِ ، فعلى الغاصِبِ ضَمَانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه بِتَعَدِّيه . وإن نَقَصَ لِتَغَيُّرِ الأَسْعَارِ لم يَضْمَنْهُ .

٥/٢٣و

القسم الثالث ، أن يغْصِبَ ثَوْبَ رَجُلٍ وصِبْغَ آخَرَ ، فيَصْبُغَه به ، فإن كانت القِيمَتَانِ بحَالِهما ، فهما شَرِيكانِ بِقَدْرِ مَالِهما ، وإن زَادَتْ ، فالزِّيَادَةُ لهما ، وإن نَقَصَتْ بالصَّبْغِ ، فالضَّمَانُ على الغاصِبِ ، ويكون النَّقْصُ من صاحِبِ الصَّبْغِ ؛ لأنَّه تَبَدَّدَ فى الثَّوْبِ ، ويَرْجِعُ به على الغاصِبِ ، وإن نَقَصَ لِنَقْصِ سِعْرِ الثِّيابِ ، أو سِعْرِ الصَّبْغِ ، أو لِنَقْصِ سِعْرِهِما ، لم يَضْمَنْهُ الغاصِبُ ، وكان نَقْصُ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما من صَاحِبِه . وإن أرادَ صاحِبُ الصَّبْغِ قَلْعَهُ ، أو أرَادَ ذلك صاحِبُ الثَّوْبِ ، فحُكْمُهما حُكْمُ مالو صَبَغَهُ الغاصِبُ بصِبْغٍ من عندِه ، على ما مَرَّ بَيَانُه . وإن غَصَبَ عَسَلًا ونَشَاءً ، وعَقَدَهُ حَلْوَاءَ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ مالو غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَهُ ، على ما ذُكِرَ فيه .
الحكم الثانى ، أنَّه متى كان لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقَامِه فى يَدَيْهِ ، سواءٌ اسْتَوْفَى المَنَافِعَ أو تَرَكَها تَذْهَبُ . هذا هو المَعْرُوفُ فى المذهبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُ المَنَافِعَ . وهو الذى نَصَرَهُ أصْحَابُ مالِكٍ . وقد رَوَى محمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ ، فى مَن غَصَبَ دارًا فسَكَنَها عِشْرِينَ سَنَةً : لا أَجْتَرِئُ أن أقولَ عليه سُكْنَى ما سَكَنَ . وهذا يَدُلُّ على تَوَقُّفِه عن إيجَابِ الأَجْرِ ، إلَّا أن أبا بكرٍ قال : هذا قولٌ قَدِيمٌ ؛ لأنَّ محمدَ بن الحَكَمِ ماتَ قبلَ أبى عبدِ الله بِعِشْرِينَ سَنَةً . واحْتَجَّ مَن لم يُوجِبِ الأَجْرَ ، بقولِ النبىِّ ﷺ :

---

(٤٠) فى ب ، م : « ولأنه » .

« الخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[41] . وضَمَانُها على الغاصِبِ ، ولأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً بغير عَقْدٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو زَنَى بامْرَأَةٍ مُطَاوِعَةٍ . ولَنـا ، أنَّ كلَّ ما ضَمِنَهُ بالإِتْلَافِ[42] فى العَقْدِ الفاسِدِ ، جَازَ أن يَضْمَنَهُ بمُجَرَّدِ الإِتْلَافِ ، كالأَعْيانِ ، ولأنَّه أَتْلَفَ مُتَقَوَّمًا ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالأَعْيَانِ . أو نَقُولُ : مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مَغْصُوبٌ ، فوَجَبَ ضَمَانُه ، كالعَيْنِ . فأمَّا الخَبَرُ ، فوَارِدٌ فى البَيْعِ[43] ولا يَدْخُلُ فيه الغاصِبُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له الانْتِفَاعُ بالمَغْصُوبِ بالإِجْمَاعِ ، ولا يُشْبِه الزِّنَى ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإتْلَافِ مَنَافِعِها بغيرِ عِوَضٍ ، ولا عَقْدٍ يَقْتَضِى العِوَضَ ، فكان بمَنْزِلَةِ مَن أعَارَهُ دَارَهُ . ولو أكْرَهَها عليه ، لَزِمَهُ مَهْرُها . والخِلَافُ فى مالَه مَنَافِعُ تُسْتَبَاحُ بعَقْدِ / الإِجَارَةِ ، كالعَقَارِ والثِّيَابِ والدَّوَابِّ ونحوِها ، فأمَّا الغَنَمُ والشَّجَرُ والطَّيْرُ ونحوُها ، فلا شيءَ فيها ؛ لأنَّه لا مَنَافِعَ لها يُسْتَحَقُّ بها عِوَضٌ . ولو غَصَبَ جارِيَةً ولم يَطَأْهَا ، ومَضَتْ عليها مُدَّةٌ يُمْكِنُ الوَطْءُ فيها ، لم يَضْمَنْ مَهْرَهَا ؛ لأنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ لا تَتْلَفُ إلَّا بالاسْتِيفَاءِ ، بخِلَافِ غيرِها ، ولأنَّها لا تُقَدَّرُ بزَمَنٍ ، فيكونُ مُضِيُّ الزَّمَانِ بتَلَفِها ، بخِلَافِ المَنْفَعَةِ .

٢٣/٥ ظ

فصل : إذا غَصَبَ طَعَامًا ، فأَطْعَمَهُ غيرَه ، فلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ؛ لأنَّ الغاصِبَ حالَ بينه وبين مَالِه ، والآكِلُ أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وقَبَضَهُ عن يَدِ صاحِبِه[44] بغيرِ إذْنِ مَالِكِه ، فإن كان الآكِلُ عَالِمًا بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ؛ لِكَوْنِه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنٍ عَالِمًا من غير تَغْرِيرٍ ، فإذا ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عليه ، وإن ضَمَّنَ الآكِلَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن لم يَعْلَمِ الآكِلُ بالغَصْبِ نَظَرْنَا ؛ فإن كان الغاصِبُ قال له : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ؛ لِاعْتِرَافِه بأنَّ الضَّمَانَ باقٍ عليه ، وأنَّه لا يَلْزَمُ الآكِلَ شيءٌ . وإن لم يَقُلْ ذلك ، ففيه رِوَايَتَانِ ؛ إحْداهما ، يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الآكِلِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ فى

---

(٤١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٢ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) فى ب : « الأعيان » .

(٤٤) فى م : « ضامنه » .

الجَدِيد ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما أَتْلَفَ ، فلم يَرْجِعْ به على أحَدٍ . والثانية ، يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه غَرَّ الآكِلَ ، وأَطْعَمَهُ على أنَّه لا يَضْمَنُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ لقَوْلِه فى المُشْتَرِى للأَمَةِ : يَرْجِعُ بالمَهْرِ وكلِّ ما غَرِمَ على الغاصِبِ . وأيُّهما اسْتَقَرَّ عليه الضَّمَانُ فغَرِمَهُ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، فإن غَرِمَهُ صاحِبُه ، رَجَعَ عليه . وإن أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لِمَالِكِه ، فأَكَلَه عَالِمًا أنَّه طَعَامُه ، بَرِئَ الغاصِبُ . وإن لم يَعْلَمْ ، وقال له الغاصِبُ : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ على الغاصِبِ ؛ لما ذَكَرْنا ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ بأنَّه طَعَامُ المَغْصُوبِ منه . وإن لم يَقُلْ ذلك ، بل قَدَّمَهُ إليه ، وقال : كُلْهُ ، أو قال : قد وَهَبْتُكَ إيَّاهُ . أو سَكَتَ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أحمدَ أنَّه لا يَبْرَأُ ؛ لأنَّه قال فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، فى رَجُلٍ ، له قِبَلَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فأَوْصَلَها إليه على سَبِيلِ صَدَقَةٍ أو هَدِيَّةٍ ، فلم يَعْلَمْ ، فقال : كَيْفَ هذا؟ هذا يرَى أنَّه[٤٥] هَدِيَّةٌ . يقولُ له : هذا لك عِنْدِى . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لا يَبْرَأُ هٰهُنا بأَكْلِ المالِكِ طَعَامَهُ بطَرِيقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّه ثَمَّ رَدَّ إليه يَدَهُ وسُلْطَانَهُ ، وهٰهُنا بالتَّقْدِيمِ إليه لم تَعُدْ إليه اليَدُ والسُّلْطَانُ ، فإنَّه لا يَتَمَكَّنُ من التَّصَرُّفِ فيه بكلِّ ما يُرِيدُ ، من أَخْذِه وبَيْعِه والصَّدَقَةِ به ، فلم يَبْرَأ الغاصِبُ ، كما لو عَلَفَه / لِدَوَابِّه[٤٦] ، ويَتَخَرَّجُ أن يَبْرَأَ بِنَاءً على ما مَضَى[٤٧] إذا أَطْعَمَهُ لغيرِ مَالِكِه ، فإنَّه يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على الآكِلِ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فيَبْرَأُ هٰهُنا بطَرِيقِ الأَوْلَى . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . وإن وَهَبَ المَغْصُوبَ لِمَالِكِه ، أو أَهْدَاهُ إليه ، فالصَّحِيحُ أنَّه يَبْرَأُ ؛ لأنَّه قد سَلَّمَهُ إليه تَسْلِيمًا صَحِيحًا تَامًّا ، وزَالَتْ يَدُ الغاصِبِ ، وكَلَامُ أحمدَ ، فى رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، وارِدٌ فيما إذا أَعْطاهُ عِوَضَ حَقِّه على سَبِيلِ الهَدِيَّةِ ، فأَخَذَهُ المالِكُ على هذا الوَجْهِ ، لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، فلم تَثْبُت المُعَارَضَةُ ، ومَسْأَلَتُنا فيما إذا رَدَّ إليه عَيْنَ مالِه ، وأَعَادَ يَدَهُ التى أزَالَها . وإن باعَهُ إيَّاهُ ، وسَلَّمَهُ إليه ، بَرِئَ من الضَّمَانِ ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بالابْتِيَاعِ ، والابْتِيَاعُ يُوجِبُ الضَّمَانَ .

٢٤/٥و

(٤٥) فى ب زيادة : « له » .

(٤٦) فى ب : « لدابة مالكه » .

(٤٧) سقط من : الأصل ، ب .

وإن أقْرَضَهُ إيّاهُ ، بَرِئَ أيضا ؛ لذلك . وإن أعَارَهُ إيَّاهُ ، بَرِئَ أيضا ؛ لأنَّ العَارِيَّةَ تُوجِبُ الضَّمانَ . وإن أوْدَعَهُ إيَّاهُ ، أو آجَرَهُ إيَّاهُ ، أو رَهَنَهُ ، أو أسْلَمَهُ عنده لِيَقْصِرَه أو يُعْلِمَهُ ، لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ ، إلَّا أن يكونَ عَالِمًا بالحالِ ؛ لأنَّه لم يَعُدْ إليه سُلْطَانُه ، إنَّما قَبَضَهُ على أنَّه أمانَةٌ . وقال بعضُ أصْحَابِنَا : يَبْرَأُ ؛ لأنَّه عَادَ إلى يَدِه وسُلْطَانِه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشّافِعِيِّ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ فإنَّه لو أبَاحَهُ إيَّاهُ فأكَلَه ، لم يَبْرَأْ ، فههُنا أَوْلَى .

فصل : إذا اخْتَلَفَ المالِكُ والغاصِبُ فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، ولا بَيِّنَةَ لأحَدِهما ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه[48] ، فلا يُلْزِمُهُ ، ما لم يُقِمْ عليه به حُجَّةً ، كما لو ادَّعَى عليه دَيْنًا ، فأقَرَّ بِبَعْضِه . وكذلك إن قال المالِكُ : كان كاتِبًا أو له صِنَاعَةٌ . فأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه كذلك ، فإن شَهِدَتْ له البَيِّنَةُ بالصِّفَةِ ، ثَبَتَتْ . وإن قال الغاصِبُ : كانت فيه سَلْعَةٌ[49] ، أو إصْبَعٌ زائِدَةٌ ، أو عَيْبٌ . فأنْكَرَ المالِكُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ذلك ، والقولُ قولُ الغاصِبِ فى قِيمَتِه على كلِّ حالٍ . وإن اخْتَلَفَا بعد زِيَادَةِ قِيمَةِ[50] المَغْصُوبِ فى وَقْتِ زِيَادَتِه ، فقال المالِكُ : زَادَتْ قبلَ تَلَفِه . وقال الغاصِبُ : إنَّما زَادَتْ قِيمَةُ المتَاعِ بعدَ تَلَفِه . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه . وإن شَاهَدْنَا العَبْدَ مَعِيبًا ، فقال الغاصِبُ : كان مَعِيبًا قبلَ غَصْبِه . وقال المالِكُ : تَعَيَّبَ عندَك . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه غَارِمٌ ، ولأنَّ الظَّاهِرَ أن صِفَةَ العَبْدِ لم تَتَغَيَّرْ . وإن غَصَبَهُ خَمْرًا ، ثم قال صاحِبُه : تَخَلَّلَ عِنْدَكَ . وأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقَاؤُه على ما كان ، وبَرَاءَةُ الذِّمَّةِ . وإن اخْتَلَفَا فى رَدِّ المَغْصُوبِ ، أو رَدِّ مِثْلِه أو قِيمَتِه ، فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ / ذلك ، واشْتِغَالُ الذِّمَّةِ به . وإن اخْتَلَفَا فى تَلَفِه ، فادَّعَاهُ الغاصِبُ ، وأنْكَرَهُ المالِكُ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بذلك ، وتَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فإذا حَلَفَ فلِلْمَالِكِ المُطَالَبَةُ بِبَدَلِه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، فلَزِمَ

٥/٢٤ظ

---

(٤٨) فى ب : « الذمة » .

(٤٩) السلعة : الشجة فى الرأس ، كائنة ما كانت .

(٥٠) سقط من : ب .

بَدَلُها ، كما لو غَصَبَ عَبْدًا فأَبَقَ . وقيل : لَيْسَ له المُطَالَبَةُ بالبَدَلِ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيهِ . وإن قال : غَصَبْتَ مِنِّى حَدِيثًا . فقال : بل عَتِيقًا . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ وُجُوبِ الحَدِيثِ ، ولِلْمَالِكِ المُطَالَبَةُ بالعَتِيقِ ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه .

فصل : وإذا بَاعَ عَبْدًا ، فَادَّعَى إنْسانٌ على البائِعِ أنَّه غَصَبَهُ العَبْدَ ، وأقَامَ بذلك بَيِّنَةً ، انْتَقَضَ البَيْعُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى على البائِعِ بِثَمَنِه ، وإن لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فأقَرَّ البائِعُ والمُشْتَرِى بذلك ، فهو كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ . وإن أقَرَّ البائِعُ وَحْدَهُ ، لم يُقْبَلْ فى حَقِّ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يُقْبَلُ إقْرارُه فى حَقِّ غيرِه ، ولَزِمَتِ البائِعَ قِيمَتُه ؛ لأنَّه حالَ بينَه وبينَ مِلْكِه ، ويُقَرُّ العَبْدُ فى يَدِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه فى الظَّاهِرِ ، وللبائِعِ إحْلَافُه ، ثم إن كان البائِعُ لم يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فليس له مُطَالَبَةُ المُشْتَرِى به ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ مُطَالَبَتَهُ بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ من الثَّمَنِ أو قِيمَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى القِيمَةَ على المُشْتَرِى ، والمُشْتَرِى يُقِرُّ له بالثَّمَنِ ، فقد اتَّفَقَا على اسْتِحْقَاقِ أقَلِّ الأَمْرَيْنِ[٥١] ، فوَجَبَ ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُما فى السَّبَبِ بعدَ اتِّفَاقِهِمَا على حُكْمِه ، كما لو قال : عَلَيْكَ أَلْفٌ من ثَمَنِ البَيْعِ . فقال : بل أَلْفٌ من قَرْضٍ . وإن كان قد قَبَضَ الثَّمَنَ ، فليس لِلْمُشْتَرِى اسْتِرْجَاعُه ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . ومتى عَادَ العَبْدُ إلى البائِعِ بِفَسْخٍ أو غيرِه ، وَجَبَ عليه رَدُّهُ على[٥٢] مُدَّعِيه ، وله اسْتِرْجَاعُ ما أَخَذَ منه . وإن كان إقْرَارُ البائِعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ له ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ فَسْخَه ، فقُبِلَ إقْرارُه بما يَفْسَخُه . وإن أقَرَّ المُشْتَرِى وَحْدَه ، لَزِمَهُ رَدُّ العَبْدِ ولم يُقْبَلْ إقْرارُه على البائِعِ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه بالثَّمَنِ ، إن كان قَبَضَهُ ، ويَلْزَمُه[٥٣] دَفْعُه إليه[٥٤] إن كان لم يَقْبِضْهُ . وإن أقَامَ المُشْتَرِى بَيِّنَةً بما أَقَرَّ به ، قُبِلَتْ ، وله

---

(٥١) فى الأصل زيادة : « من الثمن » .

(٥٢) فى ب : « إلى » .

(٥٣) فى الأصل : « ولزمه » .

(٥٤) فى م : « عليه » .

الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ . وإن أقَامَ البائِعُ بَيِّنَةً ، إذا كان هو المُقِرَّ نَظَرْنَا ؛ فإن كان في حالِ البَيْعِ قال : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا أو مِلْكِى هذا[55] . لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّه يُكَذِّبُها وتُكَذِّبُه ، وإن لم يكن قال ذلك ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّه يَبِيعُ مِلْكَه وغيرَ مِلْكِه . وإن أقَامَ المُدَّعِى البَيِّنَـةَ ، سُمِعَتْ ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ البائِعِ له ؛ لأنَّه يَجُرُّبها إلى نَفْسِه نَفْعًا . وإن أنْكَرَاهُ جَمِيعًا ، فله إحْلَافُهُما إن لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ يَجِدُ سَرِقَتَهُ بعَيْنِها عندَ إنْسَانٍ ، قال : هو مِلْكُه ، يَأْخُذُهُ ، أذْهَبُ إلى حَدِيثِ سَمُرَةَ ، عن رسولِ الله ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ ، ويَتْبَعُ / المُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ »[56] . رَوَاهُ هشيم[57] ، عن موسى بن السَّائِبِ ، عن قَتَادَةَ ، عن الحَسَنِ ، عن سَمُرَةَ ، وموسى بن السّائِبِ ثِقَةٌ .

٢٥/٥ و

فصل : وإن كان المُشْتَرِى أعْتَقَ العَبْدَ ، فأقَرَّا جَمِيعًا ، لم يُقْبَلْ ذلك ، وكان العَبْدُ حُرًّا ؛ لأنَّه قد تَعَلَّقَ به حَقٌّ لِغَيْرِهِما ، فإن وافَقَهُما العَبْدُ ، فقال القاضى : لا يُقْبَلُ أيضا ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ اللهِ تعالى ، ولهذا لو شَهِدَ شاهِدَانِ بالعِتْقِ ، مع اتِّفَاقِ السَّيِّدِ والعَبْدِ على الرِّقِّ ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهُما ، ولو قال رَجُلٌ : أنا حُرٌّ . ثم أقَرَّ بالرِّقِّ ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه . وهذا مذهبُ الشّافِعِيِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العِتْقُ إذا اتَّفَقُوا كُلُّهم ، ويَعُودُ العَبْدُ إلى المُدَّعِى ؛ لأنَّه مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أقَرَّ بالرِّقِّ لمن يَدَّعِيه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَعْتِقْهُ المُشْتَرِى . ومتى حَكَمْنا بالحُرِّيَّةِ ، فلِلْمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ قِيمَتَهُ يومَ عِتْقِه ، ثم إن ضَمَّنَ البائِعَ ، رَجَعَ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه أتْلَفَه ، وإن رَجَعَ على المُشْتَرِى ، لم يَرْجِعْ على البائِعِ إلَّا بالثَّمَنِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن ماتَ العَبْدُ وخَلَفَ مالًا ، فهو لِلْمُدَّعِى ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ على أنَّه له . وإنَّما مَنَعْنَا رَدَّ العَبْدِ إليه ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ[58] الحُرِّيَّةِ به ، إلَّا أن يَخْلُفَ وَارِثًا فيَأْخُذَه ، ولا يَثْبُتُ الوَلَاءُ عليه لأحَدٍ ؛ لأنَّه لا

---

(٥٥) سقط من : الأصل ، م .

(٥٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٧٩ . ويضاف إليه : كما أخرجه النسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

(٥٧) فى ب : « هاشم » . خطأ ، وانظر مواضع التخريج .

(٥٨) سقط من : ب .

يَدَّعِيهِ أحَدٌ . وإن صَدَّقَ المُشْتَرِى البائِعَ وَحْدَهُ ، رَجَعَ عليه بِقِيمَتِه ، ولم يَرْجِع المُشْتَرِى بالثَّمَنِ . وبَقِيَّةُ الأقْسَامِ على ما مَضَى .

فصل : وإذا بَاعَ عَبْدًا أو وَهَبَهُ ، ثم ادَّعَى أنِّى فَعَلْتُ ذلك قبلَ أن أمْلِكَه ، وقد مَلَكْتُه الآن بِميرَاثٍ أو هِبَةٍ من مَالِكِه ، فيَلْزَمُكَ رَدُّهُ عَلَىَّ ؛ لأنَّ البَيْعَ الأوَّلَ والهِبَةَ باطِلَانِ . وإن[59] أقَامَ بذلك بَيِّنَةً نَظَرْتَ ؛ فإن كان قال حين البَيْعِ والهِبَةِ : هذا مِلْكِى . أو بِعْتُكَ مِلْكِى هذا . أو كان[60] فى ضِمْنِه إقْرَارٌ بأنه مِلْكُه ، نحو أن يقولَ : قَبَضْتُ ثمنَ مِلْكِى أو قبضْتهُ . ونحو ذلك ، لم تُقْبَلْ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لها ، وهى تُكَذِّبُه ، وإن لم يكن كذلك ، قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ ؛ لأنَّ الإِنْسَانَ يَبِيعُ ويَهَبُ مِلْكَه وغيرَ مِلْكِه .

فصل : إذا جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ جِنَايَةً أوْجَبَتِ القِصَاصَ ، فَاقْتُصَّ منه ، فضَمَانُه على الغاصِبِ ؛ لأنَّه قد[59] تَلِفَ فى يَدَيْهِ ، فإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ ذلك برَقَبَتِه ، وضَمَانُ ذلك على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَدَثَ فى يَدِهِ ، فلَزِمَهُ ضَمَانُه ؛ لأنَّ ضَمَانَ العَبْدِ ونَقْصَهُ على سَيِّدِه ، ويَضْمَنُهُ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِهِ أو أرْشِ جِنَايَتِه ، كما يَفْدِيهِ سَيِّدُه . وإن جَنَى / على[61] ما دُونَ النَّفْسِ ، مثل أن قَطَعَ يَدًا فقُطِعَتْ يَدُه قِصَاصًا ، فعلى الغاصِبِ ما نَقَصَ العَبْدُ بذلك دُونَ أرْشِ اليَدِ ؛ لأنَّ اليَدَ ذَهَبَتْ بِسَبَبٍ غيرِ مَضْمُونٍ ، فأشْبَه ما لو سَقَطَتْ . وإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ أرْشُ اليَدِ بِرَقَبَتِه ، وعلى الغاصِبِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو أرْشِ اليَدِ ، فإن زَادَتْ جِنَايَةُ العَبْدِ على قِيمَتِه ، ثم إنَّه ماتَ ، فعلى الغاصِبِ قِيمَتُه ، يَدْفَعُها إلى سَيِّدِه ، فإذا أخَذَها تَعَلَّقَ أرْشُ الجِنَايَةِ بها ؛ لأنَّها كانت مُتَعَلِّقَةً بالعَبْدِ ، فتَعَلَّقَتْ بِبَدَلِه ، كما أنَّ الرَّهْنَ إذا أتْلَفَهُ مُتْلِفٌ ، وَجَبَتْ قِيمَتُه ، وتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بها ، فإذا أخَذَ وَلِىُّ الجِنَايَةِ القِيمةَ من المالِكِ ، رَجَعَ المالِكُ على الغاصِبِ

٥/٢٥ ظ

---

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠) فى ب ، م : « وكان » .

(٦١) فى ب : « عليه » .

بِقِيمَةٍ أُخرَى ، لأنَّ القِيمَةَ التى أخَذَها اسْتُحِقّتْ بِسَبَبٍ كان فى يَدِ الغاصِبِ ، فكانتْ من ضَمَانِه . ولو كان العَبْدُ وَدِيعَةً ، فجَنَى جِنايةً اسْتغْرَقَتْ قِيمَتَهُ ، ثم إن المُودِعَ قَتَلَه بعدَ ذلك ، وَجَبَتْ عليه قِيمَتُه ، وتَعَلَّقَ بها أَرْشُ الجِنَايَةِ ، فإذا أخذَها وَلِىُّ الجِنَايةِ ، لم يَرْجِعْ على المُودِعِ ؛ لأنَّه جَنَى ، وهو غيرُ مَضْمُونٍ عليه . ولو أنَّ العَبْدَ جَنَى فى يَدِ سَيِّده جِنايةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَهُ ، ثم غَصَبَهُ غاصِبٌ ، فجَنَى فى يَدِه جِنايةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، بِيعَ فى الجِنايَتَيْنِ ، وقُسِمَ ثَمَنُه بينهما ، ورَجَعَ صاحِبُ العَبْدِ على الغاصِبِ بما أَخَذَه الثانى منهما ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ كانتْ فى يَدِه ، وكان لِلْمَجْنِىِّ عليه أوَّلا أن يَأْخذَه دُونَ الثانى ؛ لأنَّ الذى يَأْخُذُه المالِكُ من الغاصِبِ هو عِوَضُ ما أخَذَه المَجْنِىُّ عليه ثانِيًا ، فلا يَتَعَلَّقُ به حَقُّهُ ، ويَتَعَلَّقُ به حَقُّ الأوَّلِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن قِيمَةِ الجانِى لا يُزاحِمُ فيه ، فإن ماتَ هذا العَبْدُ فى يَدِ الغاصِبِ ، فعليه قِيمَتُه تُقْسَمُ بينهما ، ويَرْجِعُ المالِكُ على الغاصِبِ بِنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّه ضامِنٌ للجِنَايَةِ الثانيَةِ ، ويكونُ لِلْمَجْنِىِّ عليه أوَّلًا أن يَأْخُذَه ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

٨٧٠ – مسألة ؛ قال : (مَنْ أَتْلَفَ لِذِمِّىٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ ، ويُنْهَى عَنِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ فِيمَا لَا يُظْهِرُونَهُ)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّه لا يَجِبُ ضَمَانُ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، سواءٌ كان مُتْلِفُه مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا لِمُسْلِمٍ أو ذِمِّىٍّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى الحارِثِ ، فى الرَّجُلِ يُهَرِيقُ مُسْكِرًا لِمُسْلِمٍ ، أو لِذِمِّىٍّ خَمْرًا ، فلا ضَمَانَ عليه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : يَجِبُ ضَمَانُهما إذا أَتْلَفَهُما على ذِمِّىٍّ . قال أبو حَنِيفَةَ : إن كان مُسْلِمًا بالقِيمَةِ ، وإن كان ذِمِّيًّا بالمِثْلِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ إذا عَصَمَ عَيْنًا قَوَّمَها ، كنَفْسِ الآدَمِىِّ ، وقد عَصَمَ خَمْرَ الذِّمِّىِّ ، بِدَلِيلِ أن المُسْلِمَ يُمْنَعُ من إتْلافِها ، فيَجِبُ أن يُقَوِّمَها ، ولأنَّها ٥/٢٦و / مالٌ لهم يَتَمَوَّلُونَها ، بِدَلِيلِ ما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ عامِلَهُ كَتَبَ إليه : إنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ يَمُرُّونَ بالعَاشِرِ[1] ، ومعهم الخُمُورُ . فكَتَبَ إليه عمرُ : وَلُّوهُمْ بَيْعَها ،

(١) العاشر : عامل الزكاة الذى يقدر العشر .

وخُذُوا منهم عُشْرَ ثَمَنِها . وإذا كانت مالًا لهم[٢] وَجَبَ ضَمَانُها ، كسَائِرِ أَمْوَالِهم . ولَنا ، أنَّ جَابِرًا ، رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أَلَا إنَّ اللهَ ورسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الخَمْرِ والْمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ على صِحَّتِهِ[٣] . وما حَرُمَ بَيْعُه لا لِحُرْمَتِه ، لم تَجِبْ قِيمَتُه ، كالمَيْتَةِ ، ولأنَّ ما لم يكُنْ مَضْمُونًا فى حَقِّ[٤] المُسْلِمِ ، لم يكُنْ مَضْمُونًا فى حَقِّ[٤] الذِّمِّىِّ ، كالمُرْتَدِّ ، ولأنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ ، فلا تُضْمَنُ ، كالمَيْتَةِ ، ودَلِيلُ أنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ فى حَقِّ المُسْلِمِ ، فكذلك فى حَقِّ الذِّمِّىِّ ، فإنَّ تَحْرِيمَها ثَبَتَ فى حَقِّهِما ، وخِطَابُ النَّوَاهِى يَتَوَجَّهُ إليهما ، فما ثَبَتَ فى حَقِّ أحَدِهِمَا ، ثَبَتَ فى حَقِّ الآخرِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّها مَعْصُومَةٌ ، بل متى أُظْهِرَتْ حَلَّتْ إراقَتُها ، ثم لو عَصَمَها ما لَزِمَ تَقْوِيمُها ؛ فإنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الحَرْبِ وصِبْيَانَهُم مَعْصُومُونَ غيرُ مُتَقَوَّمِينَ . وقولُهم : إنَّها مالٌ عندهم . يَنْتَقِضُ بالعَبْدِ المُرْتَدِّ ، فإنَّه مالٌ عندَهم . وأما حَدِيثُ عمرَ ، فمَحْمُولٌ على أنَّه أرادَ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لهم ، وإنَّما أَمَرَ بأَخْذِ عُشْرِ أَثْمانِها ، لأنَّهم إذا[٥] تَبَايَعُوا وتَقَابَضُوا [٦]حَكَمْنَا لهم[٦] بالمِلْكِ ولم نَنْقُضْهُ ، وتَسْمِيَتُها أَثْمَانًا مَجَازٌ ، كما سَمَّى اللهُ تعالى ثَمَنَ يوسفَ ثَمَنًا ، فقال : ﴿ وشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾[٧] . وأمَّا قولُ الخِرَقِىِّ : ويُنْهَى عن التَّعَرُّضِ لهم فيما

---

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣ / ١١٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠١ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، من كتاب الفرع ، وفى : باب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢٤ ، ٣٢٦ ، ٣٤٠ .

(٤ - ٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

(٥) سقط من : م .

(٦ - ٦) فى ب : « حكسناهم » .

(٧) سورة يوسف ٢٠ .

لا يُظْهِرُونَهُ ، فلأَنَّ كلَّ ما اعْتَقَدُوا حِلَّهُ فى دِينِهِمْ ، ممَّا لا أَذَى لِلْمُسْلِمِينَ فيه ، من الكُفْرِ ، وشُرْبِ الخَمْرِ واتِّخاذِه[٨] ، ونِكَاحِ ذَوَاتِ المَحَارِمِ ، لا يجوزُ لنا التَّعَرُّضُ لهم[٩] فيه ، إذا لم يُظْهِرُوهُ ، لأنَّنا الْتَزَمْنا إقْرَارَهم عليه فى دَارِنَا ، فلا نَعْرِضُ لهم فيما الْتَزَمْنا تَرْكَه ، وما أَظْهَرُوهُ من ذلك ، تَعَيَّنَ إنْكارُه عليهم ، فإن كان خَمْرًا جازَتْ إرَاقَتُه ، وإن أَظْهَرُوا صَلِيبًا أو طُنْبُورًا جازَ كَسْرُه ، وإن أَظْهَرُوا كُفْرَهُم أُدِّبُوا على ذلك ، ويُمْنَعُونَ من إظْهَارِ ما يُحَرَّمُ على المسلمين .

فصل : وإن غَصَبَ من ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، لَزِمَهُ رَدُّها ؛ لأنَّه يُقَرُّ على شُرْبِهَا . وإن غَصَبَها من مُسْلِمٍ ، لم يَلْزَمْ رَدُّها ، ووَجَبَتْ إرَاقَتُها ؛ لأَنَّ أبا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسولَ اللهِ ﷺ عن أَيْتَامٍ ورِثُوا خَمْرًا ، فأَمَرَهُ بإرَاقَتِها[١٠] . وإن أَتْلَفَها أو تَلِفَتْ عندَه ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُها ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ رَوَى عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إنَّ اللهَ إذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ »[١١] . ولأنَّ ما حُرِّمَ الانْتِفَاعُ به ، لم يَجِبْ ضَمَانُه ، كالمَيْتَةِ والدَّمِ . فإن / أَمْسَكَها فى يَدِه حتى صَارَتْ خَلًّا ، لَزِمَ رَدُّها على صَاحِبِها ؛ لأنَّها صارَتْ خَلًّا ، على حُكْمِ مِلْكِه ، فلَزِمَ رَدُّها إليه ، فإن تَلِفَتْ ، ضَمِنَها له ؛ لأنَّها مالٌ لِلْمَغْصُوبِ منه تَلِفَ فى يَدِ الغاصِبِ ، وإن أرَاقَها فجَمَعَها إنْسانٌ ، فتَخَلَّلَتْ عندَه ، لم يَلْزَمْهُ رَدُّ الخَلِّ ؛ لأنَّه أَخَذَها بعدَ إتْلافِها ، وزَوَالِ اليَدِ عنها .

٥/٢٦ظ

---

(٨) فى ب : « واتجاره » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢ / ٢٩٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(١١) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٦ . والنسائى ، فى : باب بيع الخمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن الخمر وشرائها ، من كتاب الأشربة ، وفى : باب فى النهى عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ١١٤ ، ٢٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٣٢٤ ، ٣٥٨ .

فصل : وإن غَصَبَ كَلْبًا يجوزُ اقْتِناؤُه ، وَجَبَ رَدُّه ؛ لأنَّه يجوزُ الانْتِفَاعُ به واقْتِناؤُه ، فأشْبَه المالَ . وإن أتْلَفه ، لم يَغْرَمْهُ . وإن حَبَسَهُ مُدَّةً ، لم يَلْزَمْهُ أجْرٌ ؛ لأنَّه لا تَجوزُ إجارَتُه . وإن غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فهل يَلْزَمُه[12] رَدُّهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ فى طَهَارَتِه بالدَّبْغِ ، فمن قال بطَهَارَته ، أوْجَبَ رَدَّهُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ[13] إصْلَاحُهُ ، فهو كالثَّوْبِ النَّجِسِ . ومن قالَ : لا يَطْهُرُ . لم يُوجِبْ رَدَّهُ ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى إصْلَاحِه . فإن أتْلَفَهُ ، أو أتْلَفَ مَيْتَةً بجِلْدِها ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، بدَلِيلِ أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه . وإن دَبَغَهُ[14] الغاصِبُ ، لَزِمَ رَدُّه إن[15] قُلْنا بطَهَارَتِه ؛ لأنَّه كالخَمْرِ إذا تَخَلَّلَتْ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ رَدُّه ؛ [16]لأنَّه صارَ مالًا بفِعْلِه ، بخِلَافِ الخَمْرِ ، وإن قُلْنا : لا يَطْهُرُ . لم يَجِبْ رَدُّه ؛ لأنَّه لا يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ رَدُّه[16] ، إذا قُلْنا : يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به فى اليَابِسَاتِ . لأنَّه نَجِسٌ يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به ، أشْبَهَ الكَلْبَ ، وكذلك قبلَ الدَّبْغِ .

فصل : وإن كَسَرَ صَلِيبًا ، أو مِزْمَارًا ، أو طُنْبُورًا ، أو صَنَمًا ، لم يَضْمَنْهُ . وقال الشَّافِعِىُّ : إن كان ذلك إذا فُصِلَ يَصْلُحُ[17] لِنَفْعٍ مُبَاحٍ وإذا كُسِرَ لم يَصْلُحْ له[18] ، لَزِمَهُ ما بين قِيمَتِه مُفصَلًا[19] ومَكْسُورًا ؛ لأنَّه أتْلَفَ بالكَسْرِ مَالَهُ قِيمَةٌ ، وإن كان لا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مُباحَةٍ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُه[20] . وقال أبو حنيفةَ : يَضْمَنُ . ولَنا ، أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه ، فلم[21] يَضْمَنْهُ ، كالمَيْتَةِ ، والدَّلِيلُ على أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه قولُ النبىِّ ﷺ : « إنَّ

---

(12) فى م : « يجب » .

(13) فى الأصل : « يوجب » .

(14) فى الأصل : « دفعه » .

(15) فى الأصل : « وإن » .

(16-16) سقط من : ب .

(17) فى الأصل : « صلح » .

(18) فى م : « لنفع مباح » .

(19) كذا فى النسخ ، وصحته : « مفصولا » .

(20) سقط من : ب . وفى الأصل : « ضمان » .

(21) فى ب : « فلا » .

اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والْمَيْتةِ والخِنْزيرِ والأَصْنَامِ » مُتَّفَقٌ عليه . وقال النبىُّ ﷺ : « بُعِثْتُ بِمَحْقِ القَيْنَاتِ والْمَعازِفِ »[22] .

فصل : وإن كَسَرَ آنِيَةَ[23] ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ اتِّخَاذَها مُحَرَّمٌ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى عن أحمدَ ، أنَّه يَضْمَنُ ، فإن مُهَنَّا نَقَلَ عنه فى مَن هَشَمَ على غيرِه إبْرِيقًا فِضَّةً : عليه قِيمَتُه ، يَصُوغُه كما كان . قِيلَ له : أليسَ قد نَهَى النبىُّ ﷺ عن اتِّخَاذِهَا[24] ؟ فسَكَتَ[25] . والصَّحِيحُ أنَّه لا ضَمَانَ عليه . نَصَّ عليه[26] فى رِوَايَةِ المَرُّوذِىِّ[27] فى مَن كَسَرَ إبْرِيقَ فِضَّةٍ : لا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه[28] أَتْلَفَ ما ليس بمُبَاحٍ ، فلم يَضْمَنْهُ ، كالمَيْتَةِ . ورِوَايةُ مُهَنَّا / تَدُلُّ على أنَّه رَجَعَ عن قَوْلِه ذلك ؛ لِكَوْنِه سَكَتَ حين ذَكَرَ السائِلُ تَحْرِيمَه ، ولأنَّ فى هذه الرِّوَايةِ أنَّه قال : يَصُوغُه ، ولا يَحِلُّ له صِيَاغَتُه[29] . فكيف يَجِبُ ذلك !

٢٧/٥و

فصل : وإن كَسَرَ آنِيَةَ الخَمْرِ ، ففيها رِوَايتانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَضْمَنُها ؛ لأنَّها[30] مالٌ يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به ، ويَحِلُّ بَيْعُه ، فيَضْمَنُها ، كما لو لم يَكُنْ فيها خَمْرٌ ، ولأنَّ جَعْلَ

---

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٥٧ ، ٢٦٨ .
(٢٣) فى م زيادة : « من » .
(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب حق إجابة الوليمة والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٢ / ٩٠ ، ٧ / ٣١ ، ٢٠٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٣٥-١٦٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية لبس المعصفر للرجل والقسى ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٥٢ . والنسائى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .
(٢٥) فى الأصل : « فكسرت » .
(٢٦) فى م زيادة : « أحمد » .
(٢٧) فى النسخ : « المروزى » . تحريف .
(٢٨) فى الأصل : « ولأنه » .
(٢٩) فى ب ، م : « صناعته » .
(٣٠) فى م : « لأنه » .

الخَمْرِ فيها لا يَقْتَضِى سُقُوطَ ضَمَانِها ، كالبَيْتِ الذى جُعِلَ مَخْزَنًا لِلْخَمْرِ . والثانية ، لا تُضْمَنُ ؛ لما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، فى « مُسْنَدِه »[٣١] : حَدَّثَنا[٣٢] أبو بكرِ ابن أبى مَرْيَم ، عن ضَمْرَةَ بن حَبِيبٍ ، قال : قال عبدُ الله بن عمرَ : أمَرَنِى رسولُ الله ﷺ أن آتِيَهُ بِمُدْيَةٍ ، وهى الشَّفْرَةُ ، فأتَيْتُه بها ، فأَرْسَلَ بها فَأُرْهِفَتْ ، ثم أَعْطَانِيها ، وقال : « اغْدُ عَلَىَّ بها » . فَفَعَلْتُ ، فخَرَجَ بأَصْحَابه إلى أَسْوَاقِ[٣٣] المَدِينَةِ ، وفيها زِقَاقُ الخَمْرِ قد جُلِبَتْ من الشَّامِ ، فأَخَذَ المُدْيَةَ مِنِّى ، فَشَقَّ ما كان من تلك الزِّقَاقِ بحَضْرَتِه كلِّها ، وأَمَرَ أصْحَابَه الذين كانوا معه أن يَمْضُوا مَعِى ، ويُعَاوِنُونِى ، وأَمَرَنِى أن آتِىَ الأَسْوَاقَ كلَّها ، فلا أَجِدُ فيها زِقَّ خَمْرٍ إلَّا شَقَقْتُه ، فَفَعَلْتُ ، فلم أَتْرُكْ فى أَسْوَاقِها زِقًّا إلَّا شَقَقْتُه . ورُوِىَ عن[٣٤] أنسٍ ، قال : كنتُ أَسْقِى أبا طَلْحَةَ ، وأُبَىَّ بن كَعْبٍ ، وأبا عُبَيْدَةَ ، شَرَابًا من فَضِيخٍ[٣٥] ، فأتَانَا آتٍ ، فقال : إن الخَمْرَ قد حُرِّمَتْ . فقال أبو طَلْحَةَ : قُمْ يا أَنَسُ إلى هذه الدِّنَانِ فاكْسِرْهَا[٣٦] . وهذا يَدُلُّ على سُقُوطِ حُرْمَتِها ، وإبَاحَةِ إتْلَافِها ، فلا يَضْمَنُها ، كسائِرِ المُبَاحَاتِ .

فصل : ولا يَثْبُتُ الغَصْبُ فيما ليس بمالٍ ، كالحُرِّ ؛ فإنَّه لا يُضْمَنُ بالغَصْبِ ، إنَّما يُضْمَنُ بالإتْلَافِ . وإن أخَذَ حُرًّا ، فحَبَسَهُ فماتَ عنده ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ . وإن اسْتَعْمَلَه مُكْرَهًا ، لَزِمَهُ أَجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، وهى مُتَقَوَّمَةٌ ، فلَزِمَهُ ضَمَانُها ، كمَنَافِعِ العَبْدِ . وإن حَبَسَهُ مُدَّةً لمِثْلِها أَجْرٌ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ،

---

(٣١) فى : ٢ / ١٣٣ .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) فى الأصل : « سوق » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) الفضيخ : عصير العنب .

(٣٦) أخرجه البخارى ، فى : باب نزل تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٧ / ١٣٦ ، ٩ / ١٠٨ ، ١٠٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٧٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ .

يَلْزَمُه أَجْرُ تلك المُدَّةِ ؛ لأنَّه فَوَّتَ مَنْفَعَتَه ، وهى مالٌ يجوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنها ، فضَمِنَتْ بالغَصْبِ ، كمَنَافِعِ العَبْدِ . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لما لا يَصِحُّ غَصْبُه ، فأَشْبَهَتْ ثِيَابَهُ إذا بَلِيَتْ عليه وأَطْرَافَهُ ، ولأنَّها تَلِفَتْ تحت يَدَيْهِ ، فلم يَجِبْ ضَمَانُها ، كما ذَكَرْنَا . ولو مَنَعَهُ العَمَلَ من غير حَبْسٍ ، لم يَضْمَنْ مَنافِعَه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه لو فَعَلَ ذلك بالعَبْدِ لم يَضْمَنْ مَنَافِعَه ، فالحُرُّ أَوْلَى . ولو حَبَسَ الحُرَّ وعليه ثِيَابٌ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُها ؛ لأنَّها تَابِعَةٌ لما لم تَثْبُتِ اليَدُ عليه فى الغَصْبِ ، وسواءٌ كان كَبِيرًا أو صَغِيرًا . وهذا كلُّه مذهبُ أبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ[٣٧] .

٥/٢٧ ظ / **فصل** : وأُمُّ الوَلَدِ مَضْمُونةٌ بالغَصْبِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُضْمَنُ ؛ لأنَّ أُمَّ الوَلَدِ لا تَجْرِى مَجْرَى المالِ ، بدَلِيلِ أنَّه لايَتَعَلَّقُ بها حَقُّ الغُرَمَاءِ ، فأَشْبَهَتِ الحُرَّ . ولَنا ، أنَّ ما يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، يُضْمَنُ بالغَصْبِ ، كالقِنِّ ، ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ ، فأَشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ ، وفارَقَتِ[٣٨] الحُرَّةَ ؛ فإنَّها ليستْ مَمْلُوكَةً ، ولا تُضْمَنُ بالقِيمَةِ .

فصل : وإذا فَتَحَ قَفَصًا عن[٣٩] طائِرٍ فطَارَ ، أو حَلَّ دابَّةً[٤٠] فذَهَبَتْ ، ضَمِنَها . وبه قال مالِكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ : لا ضَمَانَ عليه ، إلَّا أن يكونَ أهَاجَهُما حتى ذَهَبَا[٤١] . وقال أَصْحابُ الشّافِعِىِّ : إن وَقَفَا بعدَ الفَتْحِ والحَلِّ ، ثم ذَهَبَا ، لم يَضْمَنْهُما ، وإن ذَهَبَا عَقِيبَ ذلك ، ففيه قَوْلانِ . واحْتَجَّا[٤٢] بأن لهما اخْتِيَارًا ، وقد وُجِدَتْ منهما المُبَاشَرَةُ ، ومن الفاتِحِ سَبَبٌ غيرُ مُلْجِئٍ . فإذا اجْتَمَعَا ، لم يَتَعَلَّق

---

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى ب : « وفارق » .

(٣٩) فى ب ، م : « على » .

(٤٠) فى ب ، م : « دابته » .

(٤١) فى م زيادة : « عقيب » .

(٤٢) أى أبو حنيفة والشافعى .

الضَّمَانُ بالسَّبَبِ ، كما لو حَفَرَ بِئْرًا فجاءَ عَبْدٌ لإنْسانٍ ، فرَمَى نَفْسَهُ فيها . ولَنا ، أنَّه ذَهَبَ بِسَبَبِ فِعْلِه ، فلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو نَفَّرَهُ ، أو ذَهَبَ عَقِيبَ فَتْحِه وحَلِّه ، والمُبَاشَرَةُ إنَّما حَصلَتْ ممَّن لا يُمْكِنُ إحالَةُ الحُكْمِ عليه ، فيَسْقُطُ ، كما لو نَفَّرَ الطائِرَ ، وأهَاجَ الدَّابَّةَ ، أو أَشْلَى[٤٣] كَلْبًا على صَبِيٍّ فقَتَلَهُ ، أو أَطْلَقَ نَارًا فى مَتَاعِ إنْسانٍ ، فإنَّ لِلنَّارِ فِعْلًا، لكنْ لمَّا لم يُمْكِنْ إحالَةُ الحُكْمِ عليها ، كان وُجُودُه كعَدَمِه ، ولأنَّ الطائِرَ وسائِرَ الصَّيْدِ مِن طَبْعِه النُّفُورُ ، وإنَّما يَبْقَى بالمانِعِ ، فإذا أُزِيلَ المانِعُ ذَهَبَ بِطَبْعِه ، فكان ضَمَانُه على مَن أزَالَ المانِعَ ، كمن قَطَعَ عِلاقَةَ قِنْدِيلٍ ، فوقَعَ فانْكَسَرَ . وهكذا لو حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فذَهَبَ ، أو أَسِيرٍ فأَفْلَتَ . وإن فَتَحَ القَفَصَ ، وحَلَّ الفَرَسَ ، فبَقِيَا واقِفَيْنِ ، فجاءَ إنْسانٌ فنَفَّرَهُما فذَهَبَا ، فالضَّمَانُ على مُنَفِّرِهِما ؛ لأنَّ سَبَبَهُ أخَصُّ ، فاخْتَصَّ الضَّمَانُ به ، كالدَّافِعِ مع الحافِرِ . وإن وَقَعَ طائِرُ إنْسانٍ على جِدَارٍ ، فنَفَّرَهُ إنْسانٌ ، فطَارَ ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّ تَنْفِيرَه لم يَكُنْ سَبَبَ فَوَاتِه ، فإنَّه كان مُمْتَنِعًا قبلَ ذلك . وإن رَمَاهُ فقَتَلَهُ ، ضَمِنَه . وإن كان فى دَارِه ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه تَنْفِيرُه بغيرِ قَتْلِه . وكذلك لو مَرَّ الطائِرُ فى هَوَاءِ دَارِه ، فرَمَاهُ فقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ مَنْعَ الطَّائِرِ من هَوَاءِ دارِه[٤٤] ، فهو كما لو رَمَاهُ فى هَوَاءِ دارِ غيرِه .

فصل : ولو حَلَّ زِقًّا فيه مائِعٌ ، فانْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ ، سواءٌ خَرَجَ فى الحالِ ، أو خَرَجَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، أو خَرَجَ منه شىءٌ بَلَّ أَسْفَلَهُ فسَقَطَ ، أو ثَقَّلَ أَحَدَ جَانِبَيْه فلم يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حتى سَقَطَ ، أو سَقَطَ بِرِيحٍ ، أو بِزَلْزَلَةِ الأَرْضِ ، أو كان جَامِدًا فذَابَ بِشَمْسٍ ؛ لأنَّه تَلِفَ بِسَبَبِ فِعْلِه . وقال القاضى : لا يَضْمَنُ إذا سَقَطَ بِرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، ويَضْمَنُ فيما سِوَى ذلك . وهو قولُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . ولهم فيما إذا / ذابَ بالشَّمْسِ وَجْهَانِ ، ٥/٢٨و واحْتَجُّوا بأنَّ فِعْلَه غيرُ مُلْجِئٍ ، والمَعْنَى الحادِثُ مُبَاشَرَةٌ ، فلم يَتَعَلَّق الضَّمَانُ[٤٥]

(٤٣) أشلاه : أغراه .

(٤٤) فى الأصل : « الدار » .

(٤٥) فى ب زيادة : « به » .

بِفِعْلِه . كما لو دَفَعَهُ إنْسَانٌ . ولَنا ، أنَّ فِعْلَهُ سَبَبُ تَلَفِه ، ولم يَتَخَلَّلْ بينهما ما يُمْكِنُ إحالَةُ الحُكْمِ عليه ، فوَجَبَ عليه الضَّمانُ ، كما لو خَرَجَ عَقِيبَ فِعْلِه ، أو مالَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، وكما لو جَرَحَ إنْسَانًا ، فأَصَابَهُ الحَرُّ أو البَرْدُ ، فَسَرَتِ الجِنَايَةُ فإنَّه يَضْمَنُ . وأَمَّا إن دَفَعَهُ إنْسانٌ ، فإنَّ المُتَخَلِّلَ بينهما مُبَاشَرَةٌ يُمْكِنُ الإحالَةُ عليها ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ولو كان جامِدًا ، فأَدْنَى منه آخَرُ نارًا ، فأَذَابَهُ فسَالَ ، فالضَّمانُ على مَن أَذَابَهُ ؛ لأنَّ سَبَبَهُ أَخَصُّ ، لِكَوْنِ التَّلَفِ يَعْقُبُهُ ، فأَشْبَهَ المُنَفِّرَ مع فاتِحِ القَفَصِ . وقال بعضُ الشّافِعِيَّةِ : لا ضَمَانَ على واحِدٍ منهما ، كسارِقَيْنِ نَقَّبَ أَحَدُهُما ، وأَخْرَجَ الآخَرُ[٤٦] المَتاعَ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ مُدْنِيَ النَّارِ أَلْجَأَهُ إلى الخُرُوجِ ، فضَمِنَه ، كما لو كان واقِفًا فدَفَعَهُ . والمَسْأَلَةُ حُجَّةٌ عليه ؛ فإنَّ الضَّمانَ على مُخْرِجِ المَتاعِ من الحِرْزِ ، والقَطْعُ حَدٌّ[٤٧] لا يَجِبُ إلَّا بِهَتْكِ الحِرْزِ [٤٨] وأخذِ المالِ[٤٨] جَمِيعًا ، ثم إن الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، بخِلَافِ الضَّمانِ . ولو أذابَه أحَدُهُما أوَّلًا ، ثم فَتَحَ الثانِي رَأْسَه ، فانْدَفَقَ ، فالضَّمانُ على الثانِي ؛ لأنَّ التَّلَفَ تَعَقَّبَهُ . وإن فَتَحَ زِقًّا مُسْتَعْلِيَ الرَّأْسِ ، فخَرَجَ بعضُ ما فيه ، واسْتَمَرَّ خُرُوجُه قَلِيلًا قَلِيلًا ، فجاءَ آخَرُ فنَكَّسَهُ ، فانْدَفَقَ ، فضَمانُ ما خَرَجَ بعد التَّنْكِيسِ على المُنَكِّسِ ، وما قَبْلَهُ على الفاتِحِ ؛ لأنَّ فِعْلَ الثانِي أخَصُّ ، كالجارِحِ والذَّابِحِ .

فصل : وإن حَلَّ رِباطَ سَفِينَةٍ فذَهَبَتْ أو غَرِقَتْ ، فعليه قِيمَتُها ، سواءٌ تَعَقَّبَ فِعْلَه أو تَرَاخَى . والخِلَافُ فيها كالخِلَافِ في الطّائِرِ في القَفَصِ .

فصل : وإذا أَوْقَدَ في مِلْكِه نارًا ، أو في مَوَاتٍ ، فطَارَتْ شَرَارَةٌ إلى دارِ جَارِه فأَحْرَقَتْها ، أو سَقَى أَرْضَه فنَزَلَ الماءُ إلى أَرْضِ جَارِه فغَرَّقَها ، لم يَضْمَنْ إذا كان فَعَلَ ما جَرَتْ به العادَةُ من غيرِ تَفْرِيطٍ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ ، ولأنَّها سِرَايَةُ فِعْلٍ مُبَاحٍ ، فلم يَضْمَنْ ،

---

(٤٦) في الأصل ، م : « آخر » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٨ – ٤٨) في الأصل ، ب : « والأخذ » .

كسِرَايَةِ القَوَدِ ، وفارَقَ مَن حَلَّ زِقًّا فانْدَفَقَ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بحَلِّه ، ولأنَّ الغالِبَ خُرُوجُ المائِعِ من الزِّقِّ المَفْتُوحِ ، وليس الغالِبُ سِرَايةَ هذا الفِعْلِ المُعْتَادِ إلى تَلَفِ مالِ غيرِه . وإن كان ذلك[49] بتَفرِيطٍ منه ، بأن أَجَّجَ نَارًا تَسْرِى فى العادَةِ لِكَثْرَتِها ، أو فى رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَحْمِلُها ، أو فَتَحَ مَاءً كَثِيرًا يَتَعَدَّى ، أو فَتَحَ الماءَ فى أرْضِ غيرِه ، أو أَوْقَدَ فى دارِ غيرِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به . وإن سَرَى إلى غير الدَّارِ التى أَوْقَدَ فيها ، والأَرْضِ التى فَتَحَ[50] الماءَ فيها ؛ لأنَّها سِرَايةُ عُدْوَانٍ ، أَشْبَهَتْ سِرَايَةَ الجُرْحِ / الذى تَعَدَّى به . وإن أَوْقَدَ نارًا فأَيْبَسَتْ أغْصَانَ شَجَرَةِ غيرِه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا من نارٍ كَثِيرَةٍ ، إلَّا أن تكونَ الأَغْصَانُ فى هَوَائِه ، فلا يَضْمَنُها ؛ لأنَّ دُخُولَها عليه غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، فلا يُمْنَعُ من التَّصَرُّفِ فى دَارِه ؛ لِحُرْمَتِها . وهذا الفصلُ مذهبُ الشَّافِعِىِّ فيه[50] كما ذَكَرْنا سواءٌ .

٢٨/٥ ظ

فصل : وإن أَلْقَتِ الرِّيحُ إلى دَارِه ثَوْبَ غيرِه ، لَزِمَهُ حِفْظُه ؛ لأنَّه أمانَةٌ حَصَلَتْ تحتَ يَدِه ، فلَزِمَهُ حِفْظُه ، كاللُّقَطَةِ . وإن لم يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فهو لُقَطَةٌ تَثْبُتُ فيه أحْكَامُها . وإن عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ إعْلَامُه ، فإن لم يَفْعَلْ ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه أَمْسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه من غيرِ تَعْرِيفٍ ، فصارَ كالغاصِبِ . وإن سَقَطَ طَائِرٌ فى دَارِه ، لم يَلْزَمْهُ حِفْظُه ، ولا إعْلَامُ صاحِبِه ؛ لأنَّه مَحْفُوظٌ بنَفسِه . وإن دَخَلَ بُرْجَهُ ، فأَغْلَقَ عليه البابَ ناوِيًا إمْسَاكَه لِنَفسِه ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه أمْسَكَ مالَ غيرِه لِنَفْسِه ، فهو كالغاصِبِ ، وإلَّا فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى بُرْجِه كيف شاءَ ، فلا يَضْمَنُ مالَ غيرِه بتَلَفِه ضِمْنًا ، لِتَصَرُّفِه الذى لم يَتَعَدَّ فيه .

فصل : إذا أَكَلَتْ بَهِيمَةٌ حَشِيشَ قَوْمٍ ، ويَدُ صَاحِبِها عليها ، لِكَوْنِه معها ، ضَمِنَ ، وإن لم يَكُنْ معها ، لم يَضْمَنْ ما أَكَلَتْهُ . وإذا اسْتَعارَ من رَجُلٍ بَهِيمَتَه ، فأَتْلَفَتْ

---

(٤٩) سقط من : ب .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

شيئا وهى فى يَدِ المُسْتَعِيرِ ، فضَمَانُه على المُسْتَعِيرِ ، سواءٌ أتْلَفَتْ شيئا لِمَالِكِها أو لغيرِه ؛ لأنَّ ضَمَانَهُ يَجِبُ باليَدِ ، واليَدُ لِلْمُسْتَعِيرِ . وإن كانت البَهِيمَةُ فى يَدِ الرَّاعِى ، فأَتْلَفَتْ زَرْعًا ، فالضَّمَانُ على الرَّاعِى دُونَ صَاحِبِها ؛ لأنَّ إتْلَافَها لِلزَّرْعِ فى النَّهارِ لا يُضْمَنُ إلَّا بِثُبُوتِ اليَدِ عليها ، واليَدُ لِلرَّاعِى دون المالِكِ ، فكان الضَّمَانُ عليه ، كالمُسْتَعِيرِ . وإن كان الزَّرْعُ لِلْمَالِكِ ، فإن كان لَيْلًا ضَمِنَ أيضا ؛ لأنَّ ضَمَانَ اليَدِ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ أنَّه يَضْمَنُ به فى اللَّيْلِ والنَّهارِ جميعا .

فصل : إذا شَهِدَ بالغَصْبِ شَاهِدَانِ ، فشَهِدَ أحَدُهُما أنَّه غَصَبَهُ يومَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ آخَرُ أنَّه غَصَبَهُ يومَ الجُمُعَةِ ، لم تَتِمَّ البَيِّنَةُ ، وله أن يَحْلِفَ مع أحَدِهِما . وإن شَهِدَ أحَدُهُما أنَّه أقَرَّ بالغَصْبِ يومَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه أقَرَّ بِغَصْبِهِ[51] يومَ الجُمُعَةِ ، [52]ثَبَتَتِ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ وإن اخْتَلَفَ رَجَعَ إلى أمْرٍ واحِدٍ . وإن شَهِدَ أنَّه أقَرَّ أنَّه غَصَبَهُ يوم الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه [53]أقَرَّ أنَّه[53] غَصَبَهُ يوم الجُمُعَةِ[52] ، لم تَثْبُتِ البَيِّنَةُ أيضا . وإن شَهِدَ له واحِدٌ ، وحَلَفَ معه ، ثَبَتَ الغَصْبُ ، فلو كان الغاصِبُ حَلَفَ [54]أنَّه لم يَغْصِبْهُ بالطَّلَاقِ[54] لم نُوقِعْ طَلَاقَهُ ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ واليَمِينَ بَيِّنَةٌ فى المالِ ، لا فى الطَّلَاقِ . واللهُ أعلمُ .

---

(٥١) فى ب ، م : « ببعضه » .

(٥٢ – ٥٢) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٥٣ – ٥٣) سقط من : م .

(٥٤ – ٥٤) فى م : « بالطلاق أنه لم يغصبه » .

كتابُ الشُّفْعَةِ

وهى اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ / انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِه المُنْتَقِلَةِ عنه مِن يَدِ مَن انْتَقَلَتْ إليه . ٢٩/٥و

وهى ثابِتَةٌ بالسُّنَّةِ والإجْمَاعِ ؛ أمَّا السُّنَّةُ ، فما رَوَى[1] جابرٌ رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فلا شُفْعَةَ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولِمُسْلِمٍ قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فى كلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ؛ رَبْعَةٍ[3] ، أو حائِطٍ ، لا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حتى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ . فإن شاءَ أخَذَ ، وإن شاءَ تَرَكَ ، فإن باعَ ولم يَسْتَأْذِنْهُ فهو أحَقُّ به . ولِلْبُخَارِىِّ : إنَّما جَعَلَ رسولُ اللهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فلا شُفْعَةَ . وأمَّا الإجْماعُ ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على إثْباتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ الذى لم يُقاسِمْ ، فيما بِيعَ من أرْضٍ أو دَارٍ أو حائِطٍ . والمَعْنَى فى ذلك أنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا أرادَ أن يَبِيعَ نَصِيبَه ، وتَمَكَّنَ من بَيْعِهِ لِشَرِيكِه ، وتَخْلِيصِه ممَّا كان بصَدَدِهِ[4] من تَوَقُّعِ

---

(١) فى م زيادة : « عن » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب الشركة فى الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخارى ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، فى : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أحدت الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣١ . والنسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٣) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

(٤) فى م : « بصده » .

الخَلَاصِ والاسْتِخْلَاصِ ، فالذى يَقْتَضِيهِ حُسْنُ العِشْرَةِ ، أن يَبِيعَه منه ، لِيَصِلَ إلى غَرَضِه من بَيْعِ نَصِيبِه ، وتَخْلِيصِ شَرِيكِه من الضَّرَرِ ، فإذا لم يَفْعَلْ ذلك ، وبَاعَهُ لأَجْنَبِىٍّ ، سَلَّطَ الشَّرْعُ الشَّرِيكَ على صَرْفِ ذلك إلى نَفْسِه . ولا نَعْلَمُ أحَدًا خَالَفَ هذا إلَّا الأَصَمَّ ، فإنَّه قال : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ فى ذلك إضْرَارًا بأَرْبَابِ الأَمْلَاكِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ إذا عَلِمَ أنَّه يُؤْخَذُ منه إذا ابْتَاعَهُ ، لم يَبْتَعْهُ ، ويَتَقَاعَدُ الشَّرِيكُ عن الشِّرَاءِ ، فيَسْتَضِرُّ المالِكُ . وهذا ليس بشىءٍ ؛ لِمُخَالَفَتِه الآثَارَ الثابتَةَ والإِجْمَاعَ المُنْعَقِدَ قبلَه . والجَوَابُ عمَّا ذَكَرَه من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّا نُشَاهِدُ الشُّرَكَاءَ يَبِيعُونَ ، ولا يُعْدَمُ مَنْ يَشْتَرِى منهم غيرَ شُرَكَائِهِم ، ولم يَمْنَعْهُم اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ من الشِّرَاءِ . الثانى ، أنَّه يُمْكِنُه إذا لَحِقَتْه بذلك مَشَقَّةٌ أن يُقَاسِمَ ، فيَسْقُطَ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ ، واشْتِقَاقُ الشُّفْعَةِ من الشَّفْعِ[5] ، وهو الزَّوْجُ ، فإنَّ الشَّفِيعَ كان نَصِيبُه مُنْفَرِدًا فى مِلْكِه ، فبالشُّفْعَةِ يَضُمُّ المَبِيعَ إلى مِلْكِه فيَشْفَعُهُ به . وقِيلَ : اشْتِقَاقُها من الزِّيَادَةِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَزِيدُ المَبِيعَ فى مِلْكِهِ .

٨٧١ – مسألة ؛ قال أبو القاسم : (**وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ إلَّا لِلشَّرِيكِ الْمُقَاسِمِ ، فَإذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ**)

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ على[1] خِلَافِ الأَصْلِ ، إذ هى انْتِزَاعُ مِلْكِ المُشْتَرِى / بغيرِ رِضَاءٍ منه ، وإجْبَارٌ له على المُعَاوَضَةِ ، مع ما ذَكَرَهُ الأَصَمُّ ، لكنْ أَثْبَتَها الشَّرْعُ لِمَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ ، فلا تَثْبُتُ إلَّا بشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ : أحدها ، أن يكونَ المِلْكُ مُشَاعًا غيرَ مَقْسُومٍ ، فأمَّا الجارُ فلا شُفْعَةَ له . وبه قال عمرُ ، وعثمانُ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، وسَعِيدُ ابن المُسَيَّبِ ، وسُلَيْمانُ بن يَسَارٍ ، والزُّهْرِىُّ ، ويحيى الأَنْصَارِىُّ ، وأبو الزِّنَادِ ، ورَبِيعَةُ ، والمُغِيرَةُ بن عبد الرحمنِ ، ومالكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو

٥/٢٩ظ

---

(٥) فى ب : « المشفع » .

(١) فى ب : « فى » .

ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وقال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : الشُّفْعَةُ بالشَّرِكَةِ ، ثم بالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ ، ثم بالجِوَارِ . وقال أبو حنيفةَ : يُقَدَّمُ الشَّرِيكُ ، فإن لم يَكُنْ ، وكان الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا ، كدَرْبٍ لا يَنْفُذُ ، تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لجَمِيعِ أهْلِ الدَّرْبِ ، الأَقْرَبِ فالأَقْرَبِ ، فإن لم يَأْخُذُوا ، ثَبَتَتْ لِلْمُلَاصِقِ من دَرْبٍ آخَرَ خاصَّةً . وقال العَنْبَرِىُّ ، وسَوَّارٌ : تَثْبُتُ بالشَّرِكَةِ فى المِلْكِ[2] ، وبالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ . واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو رَافِعٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[3] » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ وأبو دَاوُدَ[4] . ورَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بالدَّارِ » . رَوَاهُ التِّرمِذِىُّ[5] . قال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ورَوَى[6] التِّرمِذِىُّ فى حَدِيثِ جَابِرٍ[7] : « الْجَارُ أَحَقُّ بِدَارِهِ بِشُفْعَتِهِ[8] يُنْتَظَرُ بِهِ إذَا كَانَ غَائِبًا ، إذَا

---

(2) فى م : « المال » .

(3) الصقب : القرب .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى 3 / 115 ، 9 / 35 . وأبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى 7 / 281 ، 282 . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه 2 / 833 ، 834 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 389 ، 390 ، 6 / 10 ، 390 .

(5) فى : باب ما جاء فى الشفعة ، من أبواب الأحكام .. عارضة الأحوذى 6 / 129 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 388 ، 5 / 8 ، 12 ، 13 ، 17 ، 18 .

(6) فى ب ، م : « ورواه » .

(7) تقدم تخريجه عنه فى أول الباب ، عن أبى داود ، كما أخرجه فى : باب ما جاء فى الشفعة للغائب ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى 6 / 130 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه 2 / 833 . والدارمى ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى 2 / 273 .

(8) سقط من : م .

كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا » . وقال حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه اتِّصَالُ مِلْكٍ يَدُومُ ويَتَأَبَّدُ ، فَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ به[9] ، كالشَّرِكَةِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ »[10] . ورَوَى ابن جُرَيْجٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، أو عن أبى سَلَمَةَ ، أو عنهما ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إذَا قُسِمَتِ الْأَرْضُ ، وحُدَّتْ ، فلا شُفْعَةَ فيها » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[11] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ فى مَوْضِعِ الوِفَاقِ على خِلَافِ الأَصْلِ ، لِمَعْنًى مَعْدُومٍ فى مَحلِّ النِّزَاعِ ، فلا تَثْبُتُ فيه ، وبَيَانُ انْتِفَاءِ المَعْنَى ، هو أنَّ الشَّرِيكَ ربَّما دَخَلَ عليه شَرِيكٌ ، فيَتَأَذَّى به ، فتَدْعُوهُ الحاجَةُ إلى مُقاسَمَتِه أو يَطْلُبُ[12] الدَّاخِلُ المُقَاسَمَةَ ، فيَدْخُلُ الضَّرَرُ على الشَّرِيكِ بنَقْصِ قِيمَةِ مِلْكِه ، وما يَحْتَاجُ إلى إحْدَاثِه من المَرَافِقِ ، وهذا لا يُوجَدُ فى المَقْسُومِ . فأمَّا حَدِيثُ أبى رَافِعٍ ، فليس بصَرِيحٍ فى الشُّفْعَةِ ، فإنَّ الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسِّينِ والصَّادِ . قال الشاعِرُ[13] :

٣٠/٥و / كُوفِيَّةٌ نازِحٌ مَحِلَّتُها ... لا أَمَمٌ دارُها ولا صَقَبُ

فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بإحْسَانِ جارِه وصِلَتِه وعِيَادَتِه ونحوِ ذلك . وخَبَرُنا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، فيُقَدَّمُ ، وبَقِيَّةُ الأحَادِيثِ فى أسَانِيدِها مَقَالٌ ، فحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ عنه الحَسَنُ ، ولم يَسْمَعْ منه إلَّا حَدِيثَ العَقِيقَةِ . قالَه أصْحَابُ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : الثابتُ عن رسولِ اللهِ ﷺ حَدِيثُ جابِرٍ ، الذى رَوَيْنَاهُ ، وما عَداهُ من الأحَادِيثِ فيها مَقَالٌ . على أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بالجارِ الشَّرِيكَ ؛ فإنَّه جَارٌ أيضا ، [14]ويُسَمَّى كلُّ واحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ جارًا ، قال الشاعِرُ :

أجَارَتَنَا بِينِى فإنَّكِ طَالِقَهْ ... كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غادٍ وطَارِقَهْ

---

(٩) سقط من : ب .

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(١٢) فى الأصل ، م : « يطالب » .

(١٣) هو ابن قيس الرقيات ، والبيت فى ديوانه ٢ .

(١٤) من هنا إلى قوله : « الأعشى » سقط من : الأصل ، ب .

قالَه[١٥] الأَعْشَى . وتُسَمَّى الضَّرَّتَانِ جَارَتَيْنِ ؛ لِاشْتِرَاكِهِما فى الزَّوْجِ . قال حَمَلُ ابن مالِكٍ : كنتُ بين جَارَتَيْنِ لى ، فضَرَبَتْ إحْدَاهُما الأُخْرَى بِمِسْطَحٍ[١٦] ، فقَتَلَتْها وجَنِينَها . وهذا يُمْكِنُ فى تَأْوِيلِ حَدِيثِ أبى رَافِعٍ أيضا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين كَوْنِ الطَّرِيقِ مُفْرَدَةً أو مُشْتَرَكَةً . قال أحمدُ ، فى رِوَايَةِ ابن القاسِمِ ، فى رَجُلٍ له أَرْضٌ تَشْرَبُ هى وأَرْضُ غيرِه من نَهْرٍ واحِدٍ : ولا شُفْعَةَ له من أَجْلِ الشُّرْبِ ، إذا وَقَعَتِ الحُدُودُ فلا شُفْعَةَ . وقال ، فى رِوَايَةِ أبى طَالِبٍ ، وعبدِ اللهِ ، ومُثَنَّى ، فى مَن لا يَرَى الشُّفْعَةَ بالجِوَارِ ، وقُدِّمَ إلى الحاكِمِ فأَنْكَرَ : لم يَحْلِفْ ، إنَّما هو اخْتِيَارٌ ، وقد اخْتَلَفَ الناسُ فيه . قال القاضى : إنَّما هذا لأَنَّ يَمِينَ المُنْكِرِ هٰهُنَا على القَطْعِ والبَتِّ ، ومَسَائِلُ الاجْتِهادِ مَظْنُونَةٌ ، فلا يُقْطَعُ بِبُطْلَانِ مَذْهَبِ المُخَالِفِ . ويُمْكِنُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ هٰهُنا على الوَرَعِ ، لا على التَّحْرِيمِ ؛ لأَنَّه يَحْكُمُ بِبُطْلَانِ مذهبِ المُخَالِفِ . ويجوزُ لِلْمُشْتَرِى الامْتِنَاعُ به من تَسْلِيمِ المَبِيعِ ، فيما بَيْنَهُ وبين اللهِ تعالى .

فصل : الشَّرْطُ الثانى ، أن يكونَ المَبِيعُ أَرْضًا ؛ لأَنَّها التى تَبْقَى على الدَّوَامِ ، ويَدُومُ ضَرَرُها ، وأمَّا غيرُها فيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أحدُهما ، تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تَبَعًا للأَرْضِ ، وهو البِنَاءُ والغِرَاسُ يُبَاعُ مع الأَرْضِ ، فإنَّه يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ تَبَعًا للأَرْضِ ، بغيرِ خِلَافٍ فى المَذْهَبِ ، ولا نَعْرِفُ فيه بينَ مَن أَثْبَتَ الشُّفْعَةَ خِلَافًا . وقد دَلَّ عليه[١٧] قولُ النبىِّ ﷺ ، وقَضَاؤُه بالشُّفْعَةِ فى كُلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ، رَبْعَةٍ أو حائِطٍ[١٨] . وهذا يَدْخُلُ فيه البِنَاءُ والأَشْجارُ[١٩] . القسم الثانى ، مالا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تَبَعًا ولا مُفْرَدًا ، وهو الزَّرْعُ

(١٥) فى م : « قال » .

والبيت للأعشى فى ديوانه ٢٦٣ .

(١٦) المسطح : عمود الخباء ، وانظر الحديث عند أبى داود ٤٩٨/٢ ، والنسائى ٥١/٨ ، ٥٢ .

(١٧) فى ب : « على ذلك » .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(١٩) فى ب : « والغراس » .

والثَّمرةُ الظاهِرَةُ تُباعُ مع الأرْضِ ؛ فإنَّه لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ مع الأصْلِ . و بهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : يُؤْخَذُ ذلك / بالشُّفْعَةِ مع أُصُولِه ؛ لأنَّه مُتَّصِلٌ بما فيه الشُّفْعَةُ ، فيَثْبُتُ فيه الشُّفْعةُ تَبَعًا[20] ، كالبِنَاءِ والغِرَاسِ . ولَنا ، أنَّه لا يَدْخُلُ فى البَيْعِ تَبَعًا ، فلا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ ، كقُمَاشِ الدَّارِ ، وعَكْسُه البِنَاءُ والغِرَاسُ ، وتَحْقِيقُه أنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشّارِعَ جَعَلَ له سُلْطَانَ الأخْذِ بغيرِ رِضَى المُشْتَرِى ، فإن بِيعَ الشَّجَرُ وفيه ثَمَرَةٌ غيرُ ظَاهِرَةٍ ، كالطَّلْعِ غيرِ المُؤَبَّرِ ، دَخَلَ فى الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى البَيْعِ ، فأشْبَهَتِ الغِرَاسَ فى الأرْضِ . وأمَّا ما بِيعَ مُفْرَدًا من الأرْضِ ، فلا شُفْعَةَ فيه ، سواءٌ كان ممَّا يُنْقَلُ ، كالحَيوانِ والثِّيابِ والسُّفُنِ والحِجَارَةِ والزَّرْعِ والثِّمارِ ، أو لا يُنْقَلُ ، كالبِنَاءِ والغِرَاسِ إذا بِيعَ مُفْرَدًا . وبهذا قال الشّافِعِيُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْى . ورُوِىَ عن الحَسَنِ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزَاعِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقَتَادَةَ ، ورَبِيعَةَ ، وإسحاقَ : لا شُفْعَةَ فى المَنْقُولَاتِ . واخْتَلَفَ[21] عن مالِكٍ وعَطَاءٍ ، فقالا مَرَّةً كذلك ، ومَرَّةً قالا : الشُّفْعَةُ فى كلِّ شىءٍ ، حتى فى الثَّوْبِ . قال ابنُ أبى موسى : وقد رُوِىَ عن أبى عبدِ اللهِ رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشُّفْعَةَ واجِبَةٌ فيما لا يَنْقَسِمُ كالحِجَارَةِ والسَّيْفِ والحَيَوانِ ، وما فى مَعْنَى ذلك . قال أبو الخَطَّابِ : وعن أحمدَ رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشُّفْعةَ تَجِبُ فى البِنَاءِ والغِرَاسِ ، وإن بِيعَ مُفْرَدًا[22] . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لِعُمُومِ قولِه عليه السلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ » . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لِدَفْعِ[23] الضَّرَرِ ، وحُصُولُ الضَّرَرِ بالشَّرِكَةِ فيما لا يَنْقَسِمُ أبْلَغُ منه فيما يَنقَسِمُ ، ولأنَّ ابنَ أبى مُلَيْكَةَ رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شَىْءٍ »[24] . ولَنا ، أنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ ، فَإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . لا يَتَنَاوَلُ إلَّا ما ذَكَرْناهُ ، وإنَّما أرَادَ مالًا

٥/٣٠ظ

---

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) أى النقل .

(٢٢) فى الأصل : « منفردا » .

(٢٣) فى ب : « لرفع » .

(٢٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الشريك شفيع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٤ .

يَنْقَسِمُ من الأَرْضِ ، بِدَلِيلِ قوله : « فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ » . ولأَنَّ هذا ممَّا لا يَتَبَاقَى على الدَّوَامِ ، فلا تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ ، كصُبْرَةِ الطَّعَامِ ، وحَدِيثُ ابنِ أبى مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، لم يَرِدْ[25] فى الكُتُبِ المَوْثُوقِ بها ، والحُكْمُ فى الغِرَافِ[26] والدُّولابِ والنَّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ فى البِنَاءِ . فأمَّا إن بِيعَتِ الشَّجَرَةُ مع قَرَارِهَا من الأَرْضِ ، مُفْرَدَةً عمَّا يَتَخَلَّلُها من الأَرْضِ ، فحُكْمُها حُكْمُ مالا يَنْقَسِمُ من العَقَارِ ، ولأَنَّ هذا ممَّا لا يَنْقَسِمُ ، على ما سَنَذْكُرُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ القَرَارَ تابِعٌ لها ، فإذا لم تَجِب الشُّفْعَةُ فيها مُفْرَدَةً ، / لم تَجِبْ فى[27] تَبَعِها . وإن بِيعَتْ حِصَّةٌ من عُلْوِ دَارٍ مُشْتَرَكٍ نَظَرْتَ ؛ فإن كان السَّقْفُ الذى تَحْتَه لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، فلا شُفْعَةَ فى العُلْوِ ؛ لأنَّه بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ، وإن كان لِصَاحِبِ العُلْوِ ، فكذلك ؛ لأنَّه بِنَاءٌ مُنْفَرِدٌ لِكَوْنِه لا أَرْضَ له ، فهو كما لو لم يَكُنِ السَّقْفُ له . ويَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ له قَرَارًا ، فهو كالسُّفْلِ .

٣١/٥و

فصل : الشَّرط الثالث ، أن يكونَ المَبِيعُ ممَّا يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، فأمَّا مالا يُمْكِنُ قِسْمَتُه من العَقَارِ ، كالحَمَّامِ الصَّغِيرِ ، والرَّحَى الصَّغِيرَة ، والعِضَادَةِ[28] ، والطَّرِيقِ الضَّيِّقَةِ ، والعِرَاصِ[29] الضَّيِّقَةِ ، فعن أحمدَ فيها رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا شُفْعَةَ فيه . وبه قال يحيى بن سَعِيدٍ ، ورَبِيعَةُ ، والشَّافِعِىُّ . والثانية ، فيها الشُّفْعَةُ . وهو قول أبى حنيفةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وابنِ سُرَيْجٍ . وعن مالِكٍ كالرِّوَايَتَيْنِ . وَوَجْهُ هذا عُمُومُ قولِه عليه السّلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ » . وسائِرُ الألْفَاظِ العَامَّةِ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لإِزَالَةِ ضَرَرِ المُشَارَكَةِ ، والضَّرَرُ فى هذا النَّوْعِ أكْثَرُ ؛ لأنَّه يَتَأَبَّدُ ضَرَرُه . والأَوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ،

---

(٢٥) فى الأصل : « يرو » .

(٢٦) فى ب ، م : « الغراق » . والغراف : ما يغرف به .

(٢٧) فى م : « فيما » .

(٢٨) عضادتا النَّير : خشبتان تكونان على جانبيه ، وعضادتا الباب : خشبتان منصوبتان مثبتتان فى الحائط على جانبيه .

(٢٩) فى الأصل : « المعراص » .

لما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا شُفْعَةَ فِى فِنَاءٍ ، ولَا طَرِيقٍ ، ولَا مَنْقَبَةٍ »[٣٠] . والمَنْقَبَةُ : الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَوَاهُ أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المسَائِلِ » . وروى عن عُثْمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا شُفْعَةَ فى بِئْرٍ ولا فَحْلٍ[٣١] . ولأنَّ إثْبَاتَ الشُّفْعَةِ فى هذا يَضُرُّ بالبائِعِ ؛ لأنَّه لا يُمكِنُه أن يَتَخَلَّصَ من إثْباتِ الشُّفْعَةِ فى نَصِيبِه بالقِسْمَةِ ، وقد يَمتَنِعُ المُشْتَرِى لأجْلِ الشَّفِيعِ ، فيَتَضَرَّرُ البائِعُ ، وقد يَمْتَنِعُ البَيْعُ ، فتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، فيُؤَدِّى إثْبَاتُها إلى نَفْيِها . ويُمْكِنُ أن يُقَالَ : إنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبتُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الذى يَلْحَقُه بالمُقَاسَمَةِ ، لما يَحْتَاجُ إليه من إحْدَاثِ المَرافِقِ الخاصَّةِ ، ولا يُوجَدُ هذا فيما لا يَنْقَسِمُ . وقولُهم : إنَ الضَّرَرَ هٰهُنا أكْثَرُ لتَأَبُّدِه . قُلْنا : إلَّا أنَّ الضَّرَرَ فى مَحلِّ الوِفَاقِ من غيرِ جِنْسِ هذا الضَّرَرِ ، وهو ضَرَرُ الحاجَةِ إلى إحْدَاثِ المَرافِقِ الخاصَّة ، فلا يُمْكِنُ التَّعْدِيَةُ ، وفى الشُّفْعَةِ هٰهُنا ضَرَرٌ غيرُ مَوْجُودٍ فى مَحلِّ الوِفَاقِ[٣٢] ، وهو ما ذَكَرْنَاهُ ، فتَعَذَّرَ الإلْحاقُ ، فأمَّا ما أمْكَنَ قِسْمَتُه ممَّا ذَكَرْنا ، كالحَمّامِ الكَبِيرِ الواسِعِ البُيُوتِ ، بحيثُ إذا قُسِّمَ لم يُسْتَضَرَّ بالقِسْمَةِ ، وأمْكَنَ الانْتِفاعُ به حَمَّامًا ، فإنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فيه ، وكذلك البِئْرُ والدُّورُ والعَضَائِدُ ، متى أمْكَنَ أن يَحْصُلَ من ذلك شَيْئانِ ، كالبِئْرِ يَنْقَسِمُ بِئْرَيْنِ يَرْتَقِى الماءُ منهما ، وَجَبَتِ[٣٣] الشُّفْعَةُ . / وكذلك إن كان مع البِئْرِ بَيَاضُ أرْضٍ ، بحيثُ يَحْصُلُ البِئْرُ فى أحَدِ النَّصِيبَيْنِ ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ أيضا ؛ لأنَّه تُمْكِنُ القِسْمَةُ . وهكذا الرَّحَى إن كان لها حِصْنٌ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، بحيثُ يَحْصُلُ الحَجَرانِ[٣٤] فى أحَدِ القِسْمَيْنِ ، أو كان فيها أرْبَعَةُ أحْجارٍ دَائِرَةٌ ، يُمْكِنُ أن يَنْفَرِدَ كلُّ واحِدٍ منهما بحَجَرَيْنِ ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ . وإن لم يُمْكِنْ إلَّا أن يَحْصُلَ لكلِّ واحِدٍ منهما ما لا[٣٥]

٣١/٥ ظ

---

(٣٠) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، فى : باب هل فى الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٧٨ .

(٣١) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٢) فى ب : « النزاع » .

(٣٣) فى الأصل : « أوجبت » .

(٣٤) فى م : « الحجر » .

(٣٥) فى م : « لم » .

يَتَمكَّنُ به[٣٦] من إبْقَائِها رَحًى ، لم تَجبِ الشُّفْعَةُ . فأمَّا الطَّرِيقُ ، فإنَّ الدَّارَ إذا بِيعَتْ ولها طَرِيقٌ فى شارِعٍ أو دَرْبٍ نافِذٍ ، فلا شُفْعَةَ فى تلك[٣٧] الدَّارِ ولا فى الطَّرِيقِ ؛ لأنَّه لا شَرِكَةَ لأَحَدٍ فى ذلك . وإن كان الطَّرِيقُ فى دَرْبٍ غير نافِذٍ ، ولا طَرِيقَ للدَّارِ سِوَى تلك الطَّرِيقِ ، فلا شُفْعَةَ أيضا ؛ لأنَّ إثْبَاتَ ذلك يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ، لأنَّ الدَّارَ تَبْقَى لا طَرِيقَ لها . وإن كان لِلدَّارِ بابٌ آخَرُ ، يُسْتَطْرَقُ منه ، أو كان لها مَوْضِعٌ يُفْتَحُ منه بابٌ لها إلى طَرِيقٍ نافِذٍ[٣٨] ، نَظَرْنا فى طَرِيقِ[٣٩] المَبِيعِ من الدّارِ ، فإن كان مِمَّا[٤٠] لا تُمْكِنُ قِسْمَتُه ، فلا شُفْعَةَ فيه ، وإن كان تُمْكِنُ قِسْمَتُه ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فيه ؛ لأنَّه أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ، فوَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كغيرِ الطَّرِيقِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ المُشْتَرِىَ بتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إلى مكانٍ آخَرَ ، مع ما فى الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ من تَفْرِيقِ[٤١] صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، وأخْذِ بعضِ المَبِيعِ من العَقَارِ دُونَ بعضٍ ، فلم يَجُزْ . كما لو كان الشَّرِيكُ فى الطَّرِيقِ شَرِيكًا فى الدّارِ ، فأرَادَ أَخْذَ الطَّرِيقِ وَحْدَها . والقولُ فى دِهْلِيزِ الجارِ وصَحْنِه ، كالقولِ فى الطَّرِيقِ المَمْلُوكِ . وإن كان نَصِيبُ المُشْتَرِى من الطَّرِيقِ أكْثَرَ من حَاجَتِه ، فذَكَرَ القاضى أنَّ الشُّفْعَةَ تَجبُ فى الزَّائِدِ بكلِّ حالٍ ؛ لِوُجُودِ المُقْتَضِى ، وعَدَمِ المانِعِ . والصَّحِيحُ أنَّه لا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّ فى ثُبُوتِها تَبْعِيضَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، ولا يَخْلُو من الضَّرَرِ[٤٢] .

فصل : الشَّرط الرابع ، أن يكونَ الشِّقْصُ[٤٣] مُنْتَقِلًا بِعِوَضٍ ، وأما المُنْتَقِلُ بغير

---

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) فى الأصل ، ب : « النافذ » .

(٣٩) فى الأصل ، ب : « الطريق » .

(٤٠) فى ب ، م : « ممرا » .

(٤١) فى ب : « تعويق » . وفى م : « تفويت » .

(٤٢) فى الأصل : « الضر » .

(٤٣) فى م : « شقصا » .

عِوَضٍ ، كالهِبَةِ بغير ثَوَابٍ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصِيَّةِ ، والإرْثِ ، فلا شُفْعَةَ فيه ، فى قول عَامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن مالِكٍ رِوَايةٌ أُخْرَى فى المُنْتَقِلِ بِهِبَةٍ أو صَدَقَةٍ ، أنَّ فيه الشُّفْعَةَ ، ويَأْخُذُه الشَّفِيعُ بِقيمَتِه . وحُكِىَ ذلك عن ابنِ أبى لَيْلَى ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ تَثبَتُ لإزالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَة ، وهذا مَوْجُودٌ فى / الشَّرِكَةِ كيفما كان ، والضَّرَرُ اللاحِقُ بالمُتَّهِبِ دُونَ ضَرَرِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ إقْدَامَ المُشْتَرِى على شِرَاءِ الشِّقْصِ ، وبَذْلَه مالَه فيه ، دَلِيلُ حاجَتِه إليه ، فانْتِزاعُه منه أعْظَمُ ضَرَرًا مِن أخْذِه ممَّن لم يُوجَدْ منه دَلِيلُ الحاجَةِ إليه . ولَنا ، أنَّه انْتَقَلَ بغير عِوَضٍ ، أشْبَه المِيرَاثَ ، ولأنَّ مَحلَّ الوِفَاقِ هو البَيْعُ ، والخَبَرُ ورَدَ فيه ، وليس غيرُه فى مَعْنَاه ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُه من المُشْتَرِى بمِثْلِ السَّبَبِ الذى انْتَقَلَ به إليه ، ولا يُمْكِنُ هذا فى غيرِه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، لا بِقِيمَتِه ، وفى غيرِه يَأْخُذُه بقِيمَتِه ، فافْتَرَقَا . فأمَّا المُنْتَقِلُ بِعِوَضٍ فيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أحَدهما ، ما عِوَضُه المالُ ، كالبَيْعِ ، فهذا فيه الشُّفْعَةُ بغير خِلَافٍ ، وهو فى حَدِيثِ جابِرٍ ، فإن باعَ ولم يُؤْذِنْهُ فهو أحَقُّ به . وكذلك كلُّ عَقْدٍ جَرَى مَجْرَى البَيْعِ ، كالصُّلْحِ بمعنى البَيْعِ ، والصُّلْحِ عن الجِنَايَاتِ المُوجِبَةِ لِلْمالِ ، والهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها (٤٤ ثَوابٌ معلومٌ ٤٤) ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ ثَبَتَتْ فيه أحْكَامُ البَيْعِ ، وهذا منها ، وبه يقول مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ وأصْحَابَه قالوا : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فى الهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها ثَوابٌ حتى يَتَقَابَضَا ؛ لأنَّ الهِبَةَ لا تَثْبُتُ إلَّا بالقَبْضِ ، فأشْبَهَتِ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُها بِعِوَضٍ هو مالٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبْضِ فى اسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ ، كالبَيْعِ ، ولا يَصِحُّ ما قالُوه من اعْتِبَارِ لَفْظِ الهِبَةِ ؛ لأنَّ العِوَضَ صَرَفَ اللَّفْظَ عن مُقْتَضَاهُ ، وجَعَلَهُ عِبَارَةً عن البَيْعِ ، خاصَّةً عندَهم ، فإنَّه يَنْعَقِدُ بها النِّكَاحُ الذى لا تَصِحُّ الهِبَةُ فيه بالاتِّفَاقِ . القسم الثانى ، ما انْتَقَلَ بِعِوَضٍ غيرِ المالِ ، نحو أن يَجْعَلَ الشِّقْصَ مَهْرًا ، أو عِوَضًا فى الخُلْعِ ، أو فى الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، فظَاهِرُ كلامِ

٣٢/٥ و

(٤٤ – ٤٤) فى م : « الثواب المعلوم » .

الخِرَقِىِّ أنَّه لا شُفْعَةَ فيه[٤٥] ؛ لأنَّه لم يَتَعَرَّضْ فى جَمِيعِ مَسَائِلِه لغير البَيْعِ . وهذا قولُ أبى بكرٍ . وبه قال الحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ، حَكَاهُ عنهم ابنُ المُنْذِرِ ، واخْتَارَهُ . وقال ابنُ حامِدٍ : تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ . وبه قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، ومالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشّافِعِىُّ . ثم اخْتَلَفُوا[٤٦] بِمَ يَأْخُذُه ؟ فقال ابن شُبْرُمَةَ ، ومالِك[٤٧] ، وابنُ أبى لَيْلَى : يَأْخُذُ الشِّقْصَ بِقِيمَتِه . قال القاضِى : هو قِيَاسُ قولِ ابن حامِدٍ ؛ لأنَّنا لو أوْجَبْنَا مَهْرَ المِثْلِ ، لَقَوَّمْنَا البُضْعَ على الأجَانِبِ ، وأضْرَرْنَا بالشَّفِيعِ ؛ لأنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَتفاوَتُ مع المُسَمَّى ، لِتَسامُحِ النَّاسِ فيه فى العَادَةِ ، بِخِلَافِ البَيْعِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وقال ابنُ حَامِدٍ : إن كان الشِّقْصُ صَدَاقًا ، أو عِوَضًا فى خُلْعٍ / ، أو مُتْعَةً فى طَلَاقٍ ، أخَذَهُ الشَّفِيعُ بمَهْرِ المَرْأَةِ . وهو قولُ العُكْلِىِّ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَلَكَ الشِّقْصَ [٤٨] بِبَدَلٍ ليس له مِثْلٌ ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ إلى قِيمَةِ البَدَلِ فى الأخْذِ بالشُّفْعَةِ[٤٨] ، كما لو بَاعَهُ بِعِوَضٍ ، واحْتَجُّوا على أخْذِه بالشُّفْعَةِ بأنَّه عَقَارٌ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فأشْبَه البَيْعَ . ولَنا ، أنَّه مَمْلُوكٌ بغيرِ مالٍ ، أشْبَهَ المَوْهُوبَ والمَوْرُوثَ ، ولأنَّه يَمْتَنِعُ[٤٩] أخْذُه بمَهْرِ المِثْلِ ؛ لما ذَكَرَهُ مالِكٌ ، وبالقِيمَةِ لأنَّها ليستْ عِوَضَ الشِّقْصِ ، فلا يَجُوزُ الأخْذُ بها ، كالمَوْرُوثِ ، فيَتَعَذَّرُ أخْذُه ، ولأنَّه ليس له عِوَضٌ يُمْكِنُ الأخْذُ به ، فأشْبَهَ المَوْهُوبَ والمَوْرُوثَ ، وفارَقَ البَيْعَ ، فإنَّه أمْكَنَ الأخْذُ بِعِوَضِه . فإن قُلْنا : إنه يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ . فطلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ ، بعدَ عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ ما أصْدَقَها ؛ لأنَّه مَوْجُودٌ فى يَدِها بِصِفَتِه ، وإن طَلَّقَها بعد أخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَها زَالَ عنه ، فهو كما لو بَاعَتْهُ[٤٥] ، وإن طَلَّقَ قبلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ، ثم

٣٢/٥ ظ

---

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى م : « اختلف » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨ – ٤٨) سقط من : الأصل .

(٤٩) فى الأصل : « يمنع » .

عَلِمَ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، حَقُّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ ؛ لأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، لأنَّه يَثْبُتُ بالنِّكاحِ[٥٠] ، وحَقُّ الزَّوْجِ بالطَّلَاقِ . والثانى ، حَقُّ الزَّوْجِ أَوْلَى ؛ لأَنَّه ثَبَتَ بالنَّصِّ والإِجْمَاعِ ، والشُّفْعَةُ هـٰهُنا لا نَصَّ فيها ولا إِجْمَاعَ . فأَمَّا إن عَفَا الشَّفِيعُ ، ثم طَلَّقَ الزَّوْجُ ، فرَجَعَ فى نِصْفِ الشِّقْصِ ، لم يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الأَخْذَ منه . وكذلك إن جاءَ الفَسْخُ من قِبَلِ المَرْأَةِ ، فرَجَعَ الشِّقْصُ كلُّه إلى الزَّوْجِ ، لم يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ أَخْذَه ؛ لأَنَّه عَادَ إلى المالِكِ لِزَوَالِ العَقْدِ ، فلم يَسْتَحِقَّ به الشَّفِيعُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وكذلك كلُّ فَسْخٍ يَرْجِعُ به الشِّقْصُ إلى العاقِدِ ، كرَدِّه بعَيْبٍ ، أو مُقَايَلَةٍ ، أو اخْتِلَافِ المُتَبَايِعَيْنِ ، أو رَدِّه لِغَبْنٍ . وقد ذَكَرْنا فى الإِقَالَةِ رِوَايةً أُخْرَى ، أَنَّها بَيْعٌ ، فتَثْبُتُ فيها الشُّفْعةُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا لو لم يَعْلَم الشَّفِيعُ حتى تَقَايَلَا ، فله أن يَأْخُذَ مِن أَيِّهما شاءَ . وإن عَفَا عن الشُّفْعَةِ فى البَيْعِ ، ثم تَقَايَلَا ، فله الأَخْذُ بها .

فصل : وإذا جَنَى جِنَايَتَيْنِ ، عَمْدًا وخَطأً ، فصَالَحَهُ منهما على شِقْصٍ ، فالشُّفْعَةُ فى نِصْفِ[٥١] الشِّقْصِ دُونَ باقِيه . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وهذا على الرِّوَايةِ التى نقولُ فيها : إنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القِصَاصُ عَيْنًا . وإن قُلْنا : مُوجِبُه أحَدُ شَيْئَيْنِ . وَجَبَتِ[٥٢] الشُّفْعَةُ فى الجَمِيعِ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعَةَ فى الجَمِيعِ ؛ لأَنَّ فى الأَخْذِ بها تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى . ولَنا ، أَنَّ ما قابَلَ الخَطأَ عِوَضٌ عن مالٍ ، فوَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو انْفَرَدَ ، ولأَنَّ الصَّفْقَةَ جَمَعَتْ ما تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ ومالا تَجِبُ فيه ، فوَجَبَتْ فيما تَجِبُ فيه دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا[٥٣] . وبهذا الأَصْلِ يَبْطُلُ ما ذَكَرَهُ . وقولُ أبى حنيفةَ أَقْيَسُ ؛ لأَنَّ فى / الشُّفْعَةِ تَبْعِيضَ الشِّقْصِ على ٣٣/٥و

(٥٠) فى م : « بالبيع » .

(٥١) فى ب : « بعض » .

(٥٢) فى الأصل : « وجهت » .

(٥٣) فى الأصل : « أو سيفا » .

الْمُشْتَرِى ، وربَّما لا يَبْقَى منه إلَّا مالا نَفْعَ فيه ، فأَشْبَهَ ما لو أَرادَ أحَدُ الشَّفِيعَيْنِ أَخْذ بعضِه مع عَفْوِ صَاحِبِه ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الشِّقْصِ والسَّيْف . وأَمَّا إذا قُلْنا : إن[٥٤] الواجِبَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . فبِاخْتِيَارِه الصُّلْحَ سَقَطَ القِصَاصُ ، وتَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، فكان الجَمِيعُ عِوَضًا عن المالِ .

فصل : ولا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فى بَيْعِ الخِيَارِ قبلَ انْقِضَائِه ، سواءٌ كان الخِيَارُ لهما أو لأَحَدِهما وحدَه ، أَيُّهما كان . وقال أبو الخَطَّابِ : يَتَخَرَّجُ أن تَثْبُتَ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتقَلَ ، فتَثْبُتُ (٥٥الشُّفْعَةُ فى مُدَّةِ٥٥) الخِيَارِ ، كما بعدَ انْقِضَائِه . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الخِيَارُ للبائِعِ ، أو لهما ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ حتى يَنْقَضِىَ ؛ لأنَّ فى الأَخْذِ بها إسْقَاطَ حَقِّ البائِعِ من الفَسْخِ ، وإلْزَامَ البَيْعِ فى حَقِّه بغيرِ رِضَاهُ ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ من المُشْتَرِى ، ولم يَنْتَقِلِ المِلْكُ إليه . وإنْ كان الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِى ، فقد انْتَقَلَ المِلْكُ إليه ، ولا حَقَّ لغيرِه فيه ، والشَّفِيعُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ بعدَ لُزُومِ البَيْعِ واسْتِقْرَارِ المِلْكِ ، فلأَنْ يَمْلِكَ ذلك قبلَ لُزُومِه أَوْلَى ، وعامَّةُ ما يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الخِيَارِ له ، وذلك لا يَمْنَعُ الأَخْذَ بالشُّفْعَةِ ، كما لو وَجَدَ به عَيْبًا . وللشّافِعِىِّ قَوْلَانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أنَّه مَبِيعٌ فيه الخِيَارُ ، فلم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان للبائِعِ ؛ وذلك لأنَّ الأَخْذَ بالشُّفْعَةِ يُلْزِمُ المُشْتَرِى بالعَقْدِ بغير رِضَاهُ ، ويُوجِبُ العُهْدَةَ[٥٦] عليه ، ويُفَوِّتُ حَقَّهُ من الرُّجُوعِ فى عَيْنِ الثَّمَنِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الخِيَارُ للبائِعِ ، فإنَّنا إنَّما مَنَعْنَا من الشُّفْعَةِ لِمَا فيه من إبْطَالِ خِيَارِ البائِعِ ، وتَفْوِيتِ حَقِّ الرُّجُوعِ عليه[٥٧] فى عَيْنِ مالِه[٥٨] ، وهما فى نَظَرِ الشَّرْعِ على السَّوَاءِ . وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ فإنَّه إنَّما ثَبَتَ لِاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، وذلك يَزُولُ بأَخْذِ

---

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥ – ٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٦) فى الأصل : « العهد » .

(٥٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٨) فى م : « مالهما » .

الشَّفِيعِ ، فإن باعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، عَالِمًا بِبَيْعِ الأَوَّلِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، وثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فيما باعَهُ للمُشْتَرِى الأَوَّلِ ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وفى وَجْهٍ آخَرَ ، أَنَّه يَثْبُتُ للبائِعِ ، بنَاءً على المِلْكِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ لِمَن هو منهما . وإن بَاعَهُ قبل عِلْمِه بالبَيْعِ ، فكذلك . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ قبلَ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ . ويَتَوَجَّهُ على تَخْرِيجِ أبى الخَطَّابِ أَنْ لا تَسْقُطَ شُفْعَتُه ، فيكونُ له على هذا أَخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأَوَّلِ ، وللمُشْتَرِى الأَوَّلِ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ الذى باعَهُ الشَّفِيعُ من مُشْتَرِيه ؛ لأَنَّه كان شَرِيكًا لِلشَّفِيعِ حينَ بَيْعِه .

٥/٣٣ظ **فصل** : وبَيْعُ المَرِيضِ كبَيْعِ الصَّحِيحِ / ، فى الصِّحَّةِ ، وثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، وسائِرِ الأَحْكامِ ، إذا باعَ بِثَمَنِ المِثْلِ ، سواءٌ كان لِوَارِثٍ أو غيرِ وارِثٍ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ بَيْعُ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ لِوَارِثِه ؛ لأَنَّه مَحْجُورٌ عليه فى حَقِّه ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كالصَّبِىِّ . ولَنا ، أَنَّه إنَّما حُجِرَ عليه فى التَّبَرُّعِ فى حَقِّه ، فلم يَمْنَعِ الصِّحَّةَ فيما سِواه ، كالأَجْنَبِىِّ إذا لم يَزِدْ على التَّبَرُّعِ بالثُّلُثِ ؛ وذلك لأَنَّ الحَجْرَ فى شىءٍ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ غيرِه ، كما أَنَّ الحَجْرَ على المُرْتَهِنِ فى الرَّهْنِ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى غيرِه ، والحَجْرَ على المُفْلِسِ فى مالِه لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى ذِمَّتِه . فأَمَّا بَيْعُه بالمُحَاباةِ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ لِوَارِثٍ أو لغيرِه ، فإن كان لِوَارِثٍ ، بَطَلَتِ المُحَاباةُ ؛ لأَنَّها فى المَرَض بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ ، والوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ لا تجوزُ ، ويَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ من المَبِيعِ . وهل يَصِحُّ فيما عَداهُ ؟ على ثلاثةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُها ، لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ المُشْتَرِىَ بَذَلَ الثَّمنَ فى كلِّ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ فى بعضِه[59] ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بِعَشَرَةٍ . فقال : قَبِلْتُ البَيْعَ فى نِصْفِه . أو قال : قَبِلْتُه بِخَمْسَةٍ . أو قال : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِخَمْسَةٍ . ولأَنَّه لم يُمْكِنْ تَصْحِيحُ البَيْعِ على الوَجْهِ الذى تَوَاجَبا عليه ، فلم يَصِحَّ ، كتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . الثانى ، أَنَّه يَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحابَاةِ ، ويَصِحُّ

---

(٥٩) فى م : « بيعه » .

فيما يُقَابِلُ الثَّمَنَ المُسَمَّى ، ولِلْمُشتَرِى الخِيَارُ بين الأَخذِ والفَسْخِ ؛ لأَنَّ الصَّفْقَةَ تَفرَّقَتْ عليه ، ولِلشَّفِيعِ أَخْذُ ما صَحَّ البَيْعُ فيه . وإنَّما قُلْنا بالصِّحَّةِ ؛ لأَنَّ البُطْلَانَ إنَّما جاءَ من المُحابَاةِ ، فَاخْتَصَّ بما قابَلَها[٦٠] . الثالث ، أنَّه يَصِحُّ فى الجَمِيعِ ، ويَقِفُ على إجَازَةِ الوَرَثَةِ ، لأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ ، فى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ، وتَقِفُ على إجَازَةِ الوَرَثَةِ ، فكذلك المُحابَاةُ له[٦١] ، فإن أَجَازُوا المُحاباةَ[٦٢] ، صَحَّ البَيْعُ فى الجَمِيعِ ، ولا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِى، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخذَ به ؛ لأنَّه يَأْخُذُ بالثمَنِ ، وإن رَدُّوا، بَطَلَ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ، وصَحَّ فيما بَقِىَ. ولا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخذَ قبلَ إجازَةِ الوَرَثَةِ أو رَدِّهِم[٦٣] ؛ لأَنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ[٦٤] بالمَبِيعِ، فلم يَمْلِكْ إبْطَالَهُ، وله أَخْذُ ما صَحَّ البَيْعُ فيه . وإن اخْتَارَ المُشْتَرِى الرَّدَّ فى هذه الصُّورَةِ ، وفى التى قَبْلَها ، واخْتَارَ الشَّفِيعُ الأَخذَ بالشُّفْعَةِ ، قُدِّمَ الشَّفِيعُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على المُشْتَرِى ، ويَجْرِى[٦٥] مَجْرَى المَعِيبِ إذا رَضِيَهُ الشَّفِيعُ بعَيْبِه . القسم الثانى ، إذا كان المُشتَرِى أَجْنَبِيًّا ، والشَّفِيعُ أَجْنَبِىٌّ ، فإن لم تَزِدِ المُحَاباةُ على الثُّلُثِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ولِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بها[٦٦] بذلك الثمَنِ ؛ لأَنَّ البَيْعَ حَصَلَ به ، فلا يَمْنَعُ منها كونُ المَبِيعِ مُسْتَرْخَصًا ، وإن زَادَتْ / على الثُّلُثِ ، فالحُكْمُ فيه حُكْمُ أَصْلِ المُحاباةِ فى حَقِّ الوارِثِ. وإن كان الشَّفِيعُ وَارِثًا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحدُهما ، له الأَخذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأَنَّ المُحاباةَ وَقَعَتْ لغيرِه ، فلم يَمْنَعْ منها تَمَكُّنُ الوَارِثِ من أَخذِها ، كما لو وَهَبَ غَرِيمَ وَارِثِه مالًا ، فأَخَذَهُ الوارِثُ . والثانى ، يَصِحُّ البَيْعُ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وهو قولُ أَصْحابِ أبى حنيفةَ ؛ لأَنَّنا لو أَثْبَتْناهَا جَعَلْنا لِلْمَوْرُوثِ سَبِيلًا

٣٤/٥و

---

(٦٠) فى م : « يقابلها » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) فى الأصل ، م : « وردهم » .

(٦٤) فى الأصل : « يتعلق » .

(٦٥) فى ب ، م : « وجرى » .

(٦٦) سقط من : الأصل ، ب .

إلى إثْباتِ حَقٍّ لِوَارِثِه فى المُحاباةِ ، ويُفارِقُ الهِبَةَ لِغَرِيمِ الوارِثِ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ الوَارِثِ الأَخْذَ بِدَيْنِه لا من جِهَةِ الهِبَةِ ، وهذا اسْتِحْقَاقُه بالبَيْعِ الحاصِلِ من مَوْرُوثِه ، فافْتَرَقَا . ولأصْحَابِ الشّافِعِىِّ فى هذا خَمْسَةُ أَوْجهٍ ، وَجْهانِ كهٰذَيْنِ . والثالث ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ من أَصْلِه ؛ لإفْضائِه إلى إيصَالِ المُحاباةِ إلى الوارِثِ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ لِلبَيْعِ . ولا يَبْطُلُ الأَصْلُ بِبُطْلانِ فَرْعٍ له . وعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، ما حَصَلَتْ لِلْوارِثِ بالمُحابَاةِ[67] ، إنَّما حَصَلَتْ لغيرِه ، وَوَصَلَتْ إليه بِجِهَةِ الأَخْذِ من المُشْتَرِى ، فأَشْبَهَ هِبَةَ غَرِيمِ الوارِثِ . الوَجْهُ الرابع ، أنَّ لِلشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ ما عدا المُحابَاةَ بجَمِيعِ[68] الثَّمنِ ، بمَنْزِلَةِ هِبَةِ[69] المُقَابِلِ لِلْمُحاباةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ بالنِّصْفِ مَثَلًا هِبَةٌ لِلنِّصْفِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان بمَنْزِلَةِ هِبَةِ[69] النِّصْفِ ، ما كان لِلشَّفِيعِ الأَجْنَبِىِّ أَخْذُ الكُلِّ ، لأنَّ المَوْهُوبَ لا شُفْعَةَ فيه . الخامس ، أنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ فى قَدْرِ المُحاباةِ ، وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّها مُحابَاةٌ لأَجْنَبِىٍّ بما دون الثُّلُثِ ، فلا تَبْطُلُ ، كما لو لم يَكُنِ الشِّقْصُ مَشْفُوعًا .

فصل : ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بأَخْذِه بكلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ على أَخْذِه ، بأن يقولَ : قد أَخَذْتُه بالثمَنِ . أو تَمَلَّكْتُه بالثَّمَنِ . أو نحو ذلك ، إذا كان الثَّمَنُ والشِّقْصُ مَعْلُومَيْنِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ[70] حاكِمٍ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : يَمْلِكُه بالمُطَالَبِةِ ؛ لأنَّ البَيْعَ السّابِقَ سَبَبٌ ، فإذا انْضَمَّتْ إليه المُطَالَبَةُ ، كان كالإيجابِ فى البَيْعِ انْضَمَّ إليه القَبُولُ . وقال أبو حنيفةَ : يَحْصُلُ بِحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه نَقْلٌ لِلْمِلْكِ عن مَالِكِه إلى غيرِه قَهْرًا فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ الحاكِمِ ، كأَخْذِ دَيْنِه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ ثَبَتَ بالنَّصِّ والإجْماعِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حاكِمٍ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ

---

(٦٧) فى ب ، م : « المحاباة » .

(٦٨) فى م : « بقدره من » .

(٦٩ – ٦٩) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٧٠) سقط من : الأصل ، ب .

بهذا الأَصْلِ ، وبأَخْذِ الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّدَاقِ بالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ ، ولأنَّه مالٌ يَتَمَلَّكُه قَهْرًا ، فمَلَكَهُ[71] بالأَخْذِ ، كالغَنَائِمِ والمُباحَاتِ ، [72]ومَلَكه باللَّفْظِ[72] الدَّالِّ على الأَخْذِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَقِلُّ به ، فانْتَقَلَ[73] باللَّفْظِ الدّالِّ عليه .

وقولُهم : يَمْلِكُ بالمُطَالَبةِ بمُجَرَّدِهَا . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه / لو مَلَكَ بها لمَا سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ بالعَفْوِ بعدَ المُطَالَبةِ ، ولَوَجَبَ أنَّه إذا كان له شَفِيعَانِ . فطَلَبَا الشُّفْعَةَ ، ثم تَرَكَ أَحَدُهما ، أن يكونَ لِلآخَرِ أَخْذُ[74] قَدْرِ نَصِيبِه ، ولا يَمْلِكُ أَخْذَ نَصِيبِ صَاحِبِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا قال : قد أخَذْتُ الشِّقْصَ بالثَّمَنِ الذى تَمَّ عليه العَقْدُ . وهو عَالِمٌ بِقَدْرِه ، وبالمَبِيعِ ، صَحَّ الأَخْذُ ، ومَلَكَ الشِّقْصَ ، ولا خِيَارَ له ، [75]ولا لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، والمَقْهُورُ لا خِيَارَ له[75] ، والآخِذُ قَهْرًا لا خِيَارَ له أيضا ، كمُسْتَرْجِعِ المَبِيعِ لِعَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو الثَّمَنِ لِعَيْبٍ فى المَبِيعِ . وإن كان الثَّمَنُ مَجْهُولًا أو الشِّقْصُ[76] ، لم يَمْلِكْهُ بذلك ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ، فيُعْتَبَرُ العِلْمُ بالعِوَضَيْنِ[77] ، كسائِرِ البُيُوعِ . وله المُطَالَبَةُ بالشُّفْعَةِ ، ثم يَتَعَرَّفُ مِقْدَارَ الثَّمَنِ من المُشْتَرِى ، أو من غيرِه ، والمَبِيعَ ، فيَأْخُذُه بثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ له الأَخْذَ مع جَهَالَةِ[74] الشِّقْصِ ، بِنَاءً على بَيْعِ الغائِبِ .

فصل : وإذا أَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ الشِّقْصِ ، وكان فى يَدِ المُشْتَرِى ، أَخَذَهُ منه ، وإن كان فى يَدِ البائِعِ ، أَخَذَهُ منه وكان كأَخْذِهِ من المُشْتَرِى . هذا قِيَاسُ المَذْهَبِ . وهو

(71) فى الأصل : « فيملكه » .

(72 - 72) فى م : « وباللفظ » .

(73) فى الأصل : « فاستقل » .

(74) سقط من : ب .

(75 - 75) سقط من : الأصل .

(76) فى الأصل : « والشقص » .

(77) فى ب : « بالعوض » .

قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَلْزَمُ فى بَيْعِ العَقَارِ قبلَ قَبْضِه ، ويَدْخُلُ المَبيعُ فى مِلْكِ المُشْتَرِى وضَمَانِه ، ويجوزُ له التَّصرُّفُ فيه بنفسِ العَقْدِ ، فصارَ كما لو قَبَضَهُ المُشْتَرِى . وقال القاضى : ليس له أَخْذُه من البائِعِ ، ويُجْبِرُ الحاكِمُ المُشْتَرِىَ على قَبْضِه ، ثم يَأْخُذُه الشَّفِيعُ منه . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَشْتَرِى الشِّقْصَ من المُشْتَرِى ، فلا يَأْخُذُه من غيرِه . وبَنَوْا ذلك على أن المَبِيعَ لا يَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ ، فإذا فاتَ القَبْضُ بطَلَ العَقْدُ ، وسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ .

فصل : وإذا أَقَرَّ البائِعُ بالبَيْعِ ، وأَنْكَرَ المُشْتَرِى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والمُزَنِىِّ . والثانى ، ليس له الأَخْذُ بها . ونَصَرَهُ الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ فى « مَسَائِلِه » . وهو قولُ مالِكٍ ، وابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ لِلْبَيْعِ[78] ، ولم يَثْبُتْ فلا يَثْبُتُ فَرْعُه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى ، وإذا أَنْكَرَ البَيْعَ لم يُمْكِنِ الأَخْذُ منه . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ البائِعَ أَقَرَّ بحَقَّيْنِ ؛ حَقٌّ لِلشَّفِيعِ ، وحَقٌّ لِلْمُشْتَرِى ، فإذا سَقَطَ حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِه ، ثَبَتَ حَقُّ الشَّفِيعِ ، كما لو أَقَرَّ بدَارٍ لِرَجُلَيْنِ ، فأَنْكَرَ أحدُهما ، ولأنَّه أَقَرَّ لِلشَّفِيعِ أنَّه مُسْتَحِقٌّ لأَخْذِ هذه الدَّارِ ، والشَّفِيعُ يَدَّعِى ذلك ، فوَجَبَ[79] قَبُولُه ، كما لو أَقَرَّ أنَّها مِلْكُه . فعلى هذا يَقْبِضُ الشَّفِيعُ من البائِعِ ، ويُسَلِّمُ إليه الثمنَ ، ويكونُ دَرْكُ الشَّفِيعِ على البائِعِ ، لأنَّ / القَبْضَ منه ، ولم يَثْبُتِ الشِّرَاءُ فى حَقِّ المُشْتَرِى . وليس لِلشَّفِيعِ ولا لِلْبائِعِ مُحاكَمَةُ المُشْتَرِى ؛ لِيَثْبُتَ البَيْعُ فى حَقِّه ، وتكون العُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ مَقْصُودَ البائِعِ الثَّمَنُ ، وقد حَصَلَ من الشَّفِيعِ ، ومَقْصُودَ الشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ وضَمَانُ العُهْدَةِ ، وقد حَصَلَ من البائِعِ ، فلا فائِدَةَ فى المُحاكَمَةِ . فإن قيل : أَليسَ لو ادَّعَى على رَجُلٍ دَيْنًا ، فقال آخَرُ : أنا أَدْفَعُ إليك الدَّيْنَ الذى تَدَّعِيه ، ولا تُخاصِمْه . لا يَلْزَمُه قَبُولُه ، فهل لا قُلْتُم هٰهُنا كذلك ؟ قُلْنا : فى

٣٥/٥ و

(٧٨) فى الأصل : « البيع » .

(٧٩) فى م : « فيوجب » .

الدَّيْنِ عليه مِنَّةٌ فى قَبُولِه مِن غيرِ غَرِيمِه ، وههُنا بخِلَافِه ، ولأنَّ البائِعَ يَدَّعِى أنَّ الثَمَنَ الذى يَدفَعُه الشَّفِيعُ حَقٌّ لِلمُشْتَرِى عِوَضًا عن هذا المَبِيعِ ، فصَارَ كالنَّائِبِ عن المُشْتَرِى فى دَفْعِ الثَّمَنِ ، والبائِعُ كالنَّائِبِ عنه فى دَفْعِ الشِّقْصِ ، بخِلَافِ الدَّيْنِ ، فإن كان البائِعُ مُقِرًّا بقَبْضِ الثَّمَنِ من المُشْتَرِى ، بَقِىَ الثَّمَنُ الذى على الشَّفِيعِ لا يَدَّعِيه أَحَدٌ ؛ لأنَّ البائِعَ[80] يقول : هو لِلْمُشْتَرِى . [81]والمُشْتَرِى يقول : لا أَستَحِقُّه . ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، أن يقالَ لِلْمُشْتَرِى[81] : إمَّا أن تَقْبِضَه[82] ، وإمَّا أن تُبْرِئَ منه . والثانى ، يَأْخُذُه الحاكِمُ عندَه . والثالث ، يَبْقَى فى ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وفى جَمِيعِ ذلك متى ادَّعاهُ البائِعُ أو المُشْتَرِى ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه لأحدِهما . وإن تَدَاعَيَاهُ جَمِيعًا ، فأَقَرَّ المُشْتَرِى بالبَيْعِ ، وأَنْكَرَ البائِعُ [83]قَبْضَ الثَّمَنِ[83] ، فهو لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ البائِعَ قد أقَرَّ له به[84] ، ولأنَّ البائِعَ إذا أنْكَرَ القَبْضَ ، لم يَكُنْ مُدَّعِيًا لهذا[85] الثَّمنِ ؛ لأنَّ البائِعَ لا يَسْتَحِقُّ على الشَّفِيعِ ثَمَنًا ، إنَّما يَسْتَحِقُّه على المُشْتَرِى ، وقد أقَرَّ بالقَبْضِ منه ، وأمَّا المُشْتَرِى فإنَّه يَدَّعِيه ، وقد أقَرَّ له باسْتِحْقَاقِه ، فوَجَبَ دَفْعُه إليه .

٨٧٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ بِالشُّفْعَةِ فِى وَقْتِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ)

الصَّحِيحُ فى المَذْهَبِ أنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ على الفَوْرِ ، إن طَالَبَ بها ساعةَ يَعْلَمُ بالبَيْعِ ، وإلَّا بَطَلَتْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ ، فقال : الشُّفْعَةُ بالمُواثَبَةِ ساعةَ يَعْلَمُ . وهذا قول ابنِ شُبْرُمَةَ ، والبَتِّىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والعَنْبَرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ

---

(٨٠) فى الأصل : « الدافع » .

(٨١ – ٨١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨٢) فى ب : « تقبل الثمن » .

(٨٣ – ٨٣) فى الأصل ، م : « أنه لم يقبض منه شيئا » .

(٨٤) سقط من : ب .

(٨٥) فى ب ، م : « هذا » .

فى (١ جَدِيدِ قولِه ١) . وحُكِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثانِيَة ، أنَّ الشُّفْعَةَ على التَّرَاخِى لا تَسْقُطُ ، ما لم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَى ، من عَفْوٍ ، أو مُطَالَبةٍ بِقِسْمَةٍ ، ونحو ذلك . وهذا قول مالِكٍ ، وقولُ الشّافِعِىِّ ، إلَّا أن مَالِكًا قال : تَنْقَطِعُ بمُضَىِّ سَنَةٍ . وعنه : بمُضِىِّ مُدَّةٍ يُعْلَمُ أنَّه تَارِكٌ لها ؛ لأنَّ هذا الخِيَارَ لا ضَرَرَ فى تَرَاخِيه ، فلم يَسْقُطْ بالتَّأْخِيرِ ، كحَقِّ القِصَاصِ . وبَيَانُ[٢] عَدَمِ الضَّرَرِ أنَّ النَّفْعَ للْمُشْتَرِى باسْتِغْلَالِ المَبِيعِ . وإن أَحْدَثَ فيه عِمَارَةً ، من / غِرَاسٍ أو بنَاءٍ ، فله قِيمَتُه . وحُكِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّ الخِيَارَ مُقَدَّرٌ بثلاثةِ أيامٍ . وهو قولٌ للشَّافِعِىِّ[٣] ؛ لأنَّ الثَّلَاثَ حُدَّ بها خِيَارُ الشَّرْطِ ، فصَلَحَتْ[٤] حَدًّا لهذا الخِيَارِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ البَيْلَمانِىِّ ، عن أَبِيه ، عن عُمَرَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ » . وفى لَفْظٍ أَنَّه قال : « الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ ، إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ ، وإنْ تُرِكَتْ فاللَّوْمُ عَلَى مَنْ تَرَكَها »[٥] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَها » . رَوَاهُ الفُقَهاءُ فى كُتُبِهِم[٦] ، ولأنَّه خِيَارٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ[٧] ، فكان على الفَوْرِ ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّ إثْبَاتَهُ على التَّرَاخِى يَضُرُّ المُشْتَرِىَ . لكَوْنِه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه على المَبِيعِ ، ويَمْنَعُه من التَّصَرُّفِ لِعمارِهِ[٨] خَشْيَةَ أَخْذِه منه ، ولا يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ بدَفْعِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ خَسَارَتَها فى الغالِبِ أَكْثَرُ من قِيمَتِها ، مع تَعَبِ قَلْبِه وبَدَنِه فيها . والتَّحْدِيدُ بثَلَاثةِ أيامٍ تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ،

٣٥/٥ ظ

(١ - ١) فى م : « أحد قوليه » .

(٢) فى ب : « وبأن » .

(٣) فى ب ، م : « الشافعى » .

(٤) فى ب : « فصحت » .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلب الشفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٥ . والبيهقى ، فى : باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة ، من كتاب الشفعة . السنن الكبرى ٦ / ١٠٨ .

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر ، فى : كتاب الشفعة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٦ ، ٥٧ . وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح ، فى : باب الشفيع يأذن قبل البيع ... ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٨٣ .

(٧) فى ب : « المالك » .

(٨) فى م : « بعمارة » .

والأَصْلُ المَقِيسُ عليه مَمْنُوعٌ ، ثم هو باطِلٌ بخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وإذا تَقَرَّرَ هذا ، فقال ابنُ حامِدٍ : يتَقَدَّرُ الخِيَارُ بالمَجْلِسِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . فمتى طَالَبَ فى مَجْلِسِ العِلْمِ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ وإن طَالَ ؛ لأَنَّ المَجْلِسَ كلَّه فى حُكْمِ حالَةِ العَقْدِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ القَبْضَ فيه لِمَا يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ ، كالقَبْضِ[9] حالَةَ العَقْدِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أَنَّه لا يَتَقَدَّرُ بالمَجْلِسِ ، بل متى بادَرَ فطالَبَ عَقِيبَ عِلْمِه ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، وقولُ الشّافِعِىِّ ؛ لما ذَكَرْنا من الخَبَرِ والمَعْنَى . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . فعلَى هذا متى أَخَّرَ المُطَالَبَةَ عن وَقْتِ العِلْمِ لغيرِ عُذْرٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وإن أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ ، مثل أن يَعْلَمَ لَيْلًا فيُؤَخِّرَهُ إلى الصُّبْحِ ، أو لِشِدَّةِ جُوعٍ أو عَطَشٍ حتى يَأْكُلَ ويَشْرَبَ ، أو لِطَهَارَةٍ أو إغْلَاقِ بابٍ ، أو لِيَخْرُجَ من الحَمَّامِ ، أو لِيُؤَذِّنَ ويُقِيمَ ويَأْتِىَ بالصَّلَاةِ وسُنَنِها ، أو لِيَشْهَدَها فى جَماعَةٍ يَخافُ فَوْتَها ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأَنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الحَوَائِجِ على غيرِها ، فلا يكونُ الاشْتِغالُ بها رِضًى بتَرْكِ الشُّفْعَةِ ، إلَّا أن يكونَ المُشْتَرِى حاضِرًا عندَه فى هذه الأَحْوَالِ ، فيُمْكِنُه أن يُطَالِبَه من غيرِ اشْتِغَالِه عن أَشْغَالِه ، فإنَّ شُفْعَتَه تَبْطُلُ بتَرْكِه المُطَالَبَةَ ؛ لأَنَّ هذا لا يَشْغَلُه عنها ، ولا تَشْغَلُه المُطَالَبَةُ عنه . فأَمَّا مع غَيْبَتِه فلا ؛ لأَنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الحَوَائِجِ ، فلم يَلْزَمْهُ تَأْخِيرُها ، كما لو أَمْكَنَه أن يُسْرِعَ فى مَشْيِه ، أو يُحَرِّكَ دَابَّتَه ، فلم يَفْعَلْ ، ومَضَى على حَسَبِ عادَتِه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ؛ لأَنَّه طَلَبَ بِحُكْمِ العادَةِ . وإذا فرَغَ / من حَوَائِجِه ، مَضَى على حَسَبِ عادَتِه إلى المُشْتَرِى ، فإذا لَقِيَهُ [10] بَدَأَهُ بالسَّلَامِ [10] ؛ لأَنَّ ذلك السُّنَّةُ ، وقد جاءَ فى الحديثِ[11] : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ ، فَلَا تُجِيبُوهُ »[12] . ثم يُطَالِبُ . وإن قال

٣٦/٥ و

(٩) فى ب زيادة : « فى » .

(١٠ - ١٠) فى م : « بدأ السلام » .

(١١) فى الأصل ، م : « حديث » .

(١٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوذى ١٠ / ١٧٤ .

بعدَ السَّلَامِ : بارَكَ اللهُ لك فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ . أو دَعَا له بالمَغْفِرَةِ ونحوِ ذلك ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك يَتَّصِلُ بالسَّلَامِ ، فيكونُ من جُمْلَتِه ، والدُّعَاءُ له بالبَرَكَةِ فى الصَّفْقَةِ دُعَاءٌ لِنَفْسِه ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يَرْجِعُ إليه ، فلا يكونُ ذلك رِضًى . وإن اشْتَغَلَ بكَلَامٍ آخَرَ ، أو سَكَتَ لغيرِ حاجَةٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لما قَدَّمْنَا .

فصل : فإن أَخْبَرَهُ بالبَيْعِ مُخْبِرٌ ، فَصَدَّقَهُ ، ولم يُطَالِبْ بالشُّفْعَةِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، سواءٌ كان المُخْبِرُ ممَّن يُقْبَلُ خَبَرُه أو لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ العِلْمَ قد يَحْصُلُ بِخَبَرِ مَن لا يُقْبَلُ خَبَرُه ، لِقَرَائِنَ دَالَّة على صِدْقِه . وإن قال : لم أُصَدِّقْهُ . وكان المُخْبِرُ ممَّن يُحْكَمُ بِشَهَادَتِه ، كرَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ قَوْلَهُما حُجَّةٌ تَثْبُتُ بها الحُقُوقُ . وإن كان ممَّن لا يُعْمَلُ بِقَوْلِه ، كالفاسِقِ والصَّبِىِّ ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه . وحُكِىَ عن أبى يوسفَ أنَّها تَسْقُطُ ؛ لأنَّه خَبَرٌ يُعْمَلُ به فى الشَّرْعِ ، فى الإِذْنِ فى دُخُولِ الدَّارِ وشِبْهِه ، فسَقَطَتْ به الشُّفْعَةُ ، كخَبَرِ العَدْلِ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا يُقْبَلُ فى الشَّرْعِ ، فأَشْبَهَ قولَ الطِّفْلِ والمَجْنُونِ . وإن أَخْبَرَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ، أو مَسْتُورُ الحالِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ . ويُرْوَى هذا عن أبى حنيفةَ ، وزُفَرَ ؛ لأنَّ الواحِدَ لا تَقُومُ به البَيِّنَةُ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا تُعْتَبَرُ فيه الشَّهَادَةُ ، فقُبِلَ من العَدْلِ ، كالرِّوَايَةِ والفُتْيَا وسائِرِ الأَخْبارِ الدِّينِيَّة . وفارَقَ الشَّهَادَةَ ، فإنَّه يُحْتَاطُ لها باللَّفْظِ ، والمَجْلِس ، وحُضُورِ المُدَّعَى عليه ، وإنْكَارِهِ ، ولأنَّ الشَّهَادَةَ يُعَارِضُها إنْكَارُ المُنْكِرِ ، وتُوجِبُ الحَقَّ عليه ، بِخِلَافِ هذا الخَبَرِ . والمَرْأَةُ فى ذلك كالرَّجُلِ ، والعَبْدُ كالحُرِّ . وقال القاضى : هما كالفاسِقِ والصَّبِىِّ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ قَوْلَهما لا يَثْبُتُ به حَقٌّ . ولَنا ، أنَّ هذا خَبَرٌ وليس بشَهَادَةٍ ، فاسْتَوَى فيه الرَّجُلُ والمَرْأَةُ ، والعَبْدُ والحُرُّ ، كالرِّوَايَةِ والأَخْبارِ الدِّينِيَّةِ . والعَبْدُ من أَهْلِ الشَّهَادَةِ فيما عدا الحُدُودَ والقِصَاصَ ، وهذا ممَّا عَداها ، فأَشْبَه الحُرَّ .

فصل : إذا أَظْهَرَ المُشْتَرِى أنَّ الثَّمنَ أَكْثَرُ ممَّا وَقَعَ العَقْدُ به ، فتَرَكَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ، لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بذلك . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأَصْحابُ الرَّأْىِ ، ومالِكٌ ،

٣٦/٥ ظ

إلَّا أنَّه قال بعدَ أن[١٣] يَحْلِفَ : ما سَلَّمْتُ الشُّفْعَةَ إلَّا لمكانِ الثَّمَنِ الكَثِيرِ . وقال ابنُ / أبى لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه سَلَّمَ وَرَضِىَ . ولَنا ، أنَّه تَرَكَها لِلعُذْرِ ، فإنَّه لا يَرْضاهُ بالثَّمنِ الكَثِيرِ ، ويَرْضاهُ بالقَلِيلِ ، وقد لا يكونُ معه الكَثِيرُ ، فلم تَسْقُطْ بذلك ، كما لو تَرَكَها لِعَدَمِ العِلْمِ . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّ المَبِيعَ سِهَامٌ قَلِيلَةٌ ، فبانَتْ كَثِيرَةً[١٤] ، أو أظْهَرَ أنَّهما تَبَايَعَا بِدَنَانِيرَ ، فبانَ أنَّهما دَرَاهِمُ ، أو بدَرَاهِمَ فبانَتْ[١٥] دَنَانِيرَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وزُفَر . وقال أبو حنيفةَ ، وصاحِبَاه : إن كانت قِيمَتُهُما سواءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّهما كالجِنْسِ الواحِدِ . ولَنا ، أنَّهما جِنْسانِ ، فأشْبَهَا الثِّيابَ والحَيَوانَ ، ولأنَّه قد يَمْلِكُ بالنَّقْدِ الذى وَقَعَ به البَيْعُ دُونَ ما أظْهَرَه[١٦] ، فيَتْرُكُه لِعَدَمِ مِلْكِه له . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه بِنَقْدٍ ، فبانَ أنَّه اشْتَراهُ بعَرْضٍ[١٧] ، أو بعَرْضٍ فبانَ أنَّه بنَقْدٍ ، أو بنَوْعٍ من العَرْضِ فبانَ أنَّه بغيرِه ، أو اشْتَراه مُشْتَرٍ فبانَ أنَّه اشْتَراه لغيرِه ، أو أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه لغيرِه فبانَ أنَّه اشْتَراه له ، أو أنَّه اشْتَراهُ لإنْسانٍ فبانَ أنَّه اشْتَراهُ لغيرِه ؛ لأنَّه قد يَرْضَى[١٨] شَرِكَةَ[١٩] إنْسانٍ دُونَ غيرِه ، وقد يُحَابِى إنْسانًا أو يَخَافُه ، فيَتْرُكُ لذلك . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَى الكلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى نِصْفَه بِنِصْفِه ، أو أنَّه اشْتَرَى نِصْفَه بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى جَمِيعَه بِضِعْفِه ، أو أنَّه اشْتَرَى الشِّقْصَ وحدَه فبانَ أنَّه اشْتَراهُ هو أو غيرُه ، أو أنَّه اشْتَراهُ هو وغيرُه فبانَ أنَّه اشْتَرَاهُ وحدَه ، لم تَسْقُط الشُّفْعَةُ فى جَمِيعِ ذلك ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فيما أبْطَنَه دُونَ ما أظْهَرَه ، فيَتْرُكُ لذلك ، فلم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ، كما لو أظْهَرَ أنَّه اشْتَراهُ بثَمَنٍ فبانَ أقَلَّ منه . فأمَّا إنْ أظْهَرَ أنَّه اشْتَراهُ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَراهُ بأكْثَرَ ، أو أنَّه اشْتَرَى الكلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى بـه[٢٠] بعضَه ، سَقَطَتْ

---

(١٣) فى ب : « ما » .

(١٤) فى الأصل : « غيره » .

(١٥) فى ب زيادة : « أنها » .

(١٦) فى الأصل : « أظهر له » . وفى ب : « أظهراه » .

(١٧) فى ب ، م : « بعوض » .

(١٨) فى ب : « رضى » .

(١٩) فى الأصل : « بشركة » .

(٢٠) سقط من : الأصل .

شُفْعَتُه ؛ لأنّ الضَّرَرَ فيما أبْطَنَه أكْثَرُ ، فإذا لم يَرْضَ به بالثمَنِ القَلِيلِ مع قِلَّةِ ضَرَرِه ، فبِالكثيرِ[21] أَوْلَى .

فصل : وإن لَقِيَهُ الشَّفِيعُ فى غيرِ بَلَدِه فلم يُطَالِبْهُ ، وقال : إنَّما تَرَكْتُ المُطَالَبَةَ لأُطَالِبَهُ فى البَلَدِ الذى فيه البَيْعُ ، أو المَبِيعُ ، أو لآخُذَ الشِّقْصَ فى مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بعُذْرٍ فى تَرْكِ المُطَالَبَةِ ، فإنَّها لا تَقِفُ على تَسْلِيمِ الشِّقْصِ ، ولا على حُضُورِ البَلَدِ الذى هو فيه . وإن قال : نَسِيتُ ، فلم أَذْكُرِ المُطَالَبَةَ . أو نَسِيتُ البَيْعَ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه[22] خِيَارٌ على الفَوْرِ ، فإذا أَخَّرَهُ نِسْيانًا بَطَلَ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وكما لو أمْكَنَتِ المُعْتَقَةُ زَوْجَها من وَطْئِها نِسْيانًا . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ المُطَالَبَةُ / ؛ لأنَّه تَرَكَها لِعُذْرٍ ، فأَشْبَه مالو تَرَكَها لِعَدَمِ عِلْمِه بها . وإن تَرَكَها جَهْلًا باسْتِحْقاقِه لها ، بَطَلَتْ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ٣٧/٥و

فصل : وإذا قال الشَّفِيعُ لِلْمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ . أو قَاسِمْنِى . بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه يَدُلُّ على رِضَاهُ بشِرَائِه وتَرْكِه لِلشُّفْعَةِ . وإن قال : صَالِحْنِى على مالٍ . سَقَطَتْ أيضا . وقال القاضى : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بإسْقَاطِها ، وإنَّما رَضِىَ بالمُعَاوَضَةِ عنها ، ولم تَثْبُتِ المُعَاوَضَةُ ، فبَقِيَتِ الشُّفْعَةُ . ولَنا ، أنَّه رَضِىَ بتَرْكِها ، وطَلَبَ عِوَضَها ، فثَبَتَ[23] التَّرْكُ المَرْضِىُّ به ، ولم يَثْبُت العِوَضُ . كما لو قال : بِعْنِى . فلم يَبِعْهُ . ولأنَّ تَرْكَ المُطَالَبَةِ بها كافٍ فى سُقُوطِها ، فمع طَلَبِ عِوَضِها أَوْلَى . ولأَصْحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْن . فإن صَالَحَه عنها بِعِوَضٍ ، لم يَصِحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن إزَالَةِ مِلْكٍ ، فجازَ كأُخْذِ[24] العِوَضِ [25]عن تَمْلِيكِ[25] امْرَأَةٍ أَمْرَهَا . ولَنا ، أنَّه خِيَارٌ لا يَسْقُطُ إلى مالٍ ، فلم يَجُزْ أَخْذُ

(٢١) فى م : « فالكثير » .

(٢٢) فى م : « لأنها » .

(٢٣) فى م : « فيثبت » .

(٢٤) فى م : « أخذ » .

(٢٥ – ٢٥) فى م : « عنه كتمليك » .

العِوَضِ عنه ، كخِيَارِ الشَّرْطِ . ويَبْطُلُ ما قالَه بخِيَارِ الشَّرْطِ . وأمَّا الخُلْعُ فهو مُعَاوَضَةٌ عما[٢٦] مَلَكَه بِعِوَضٍ ، وهٰهُنا بِخِلَافِه .

فصل : وإن قال : آخُذُ نِصْفَ الشِّقْصِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه . وبهذا قال محمدُ بن الحَسَنِ ، وبعضُ أصْحابِ الشّافِعِيِّ . وقال أبو يوسُفَ : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّ طَلَبَه بِبَعْضِها طَلَبٌ بجَمِيعِها ، لكَوْنِها لا تَتَبَعَّضُ ، ولا يجوزُ أخْذُ بعضِها . ولَنا ، أنَّه تارِكٌ لِطَلَبِ بعضِها ، فيَسْقُطُ ، ويَسْقُطُ باقِيها ؛ لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ . ولا يَصِحُّ ما ذَكَرَه ؛ فإنَّ طَلَبَ بعضِها ليس بطَلَبٍ لِجَمِيعِها ، وما لا يَتَبَعَّضُ لا يَثْبُتُ حتى يَثْبُتَ السَّبَبُ فى جَمِيعِه ، كالنِّكَاحِ . ويُخَالِفُ السُّقُوطَ ؛ فإنَّ الجَمِيعَ يَسْقُطُ[٢٧] بوُجُودِ السَّبَبِ فى بعضِه ، كالطَّلَاقِ والعَتَاقِ .

فصل : وإن أخَذَ الشِّقْصَ بثَمَنٍ مَغْصُوبٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه بالعَقْدِ اسْتَحَقَّ الشِّقْصَ بمِثْلِ ثَمَنِه فى الذِّمَّةِ ، فإذا عَيَّنَه فيما لا يَمْلِكُه[٢٨] ، سَقَطَ التَّعْيِينُ ، وبَقِىَ الاسْتِحْقاقُ فى الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو أخَّرَ الثمنَ ، أو كما لو اشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ ، ونَقَدَ فيه ثَمَنًا مَغْصُوبًا . والثانى ، تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ أخْذَه لِلشِّقْصِ بما لا يَصِحُّ[٢٩] [(٣٠]أخْذُه به[٣٠)] تَرْكٌ له ، وإعْراضٌ عنه ، فتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، كما لو تَرَكَ الطَّلَبَ بها .

فصل : ومَن وَجَبَتْ له الشُّفْعَةُ ، فباعَ نَصِيبَه عالِمًا بذلك ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه لم يَبْقَ له مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ به ، ولأنَّ الشُّفْعةَ ثَبَتَتْ له[٣١] لإزالةِ الضَّرَرِ الحاصِلِ بالشَّرِكَةِ عنه ،

---

(٢٦) فى ب : « عن » .
(٢٧) فى الأصل : « سقط » .
(٢٨) فى ب : « يمكنه » .
(٢٩) فى ب : « يصلح » .
(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل ، ب .
(٣١) سقط من : الأصل .

٥/٣٧ظ وقد / زَالَ ذلك بِبَيْعِه . وإن باعَ بعضَه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَسْقُطُ أيضا ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ بجَمِيعِه ، فإذا باعَ بعضَه سَقَطَ ما تَعَلَّقَ بذلك من اسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ ، فيَسْقُطُ باقِيها ، لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ ، فيَسْقُطُ[٣٢] جَمِيعُها بِسُقُوطِ بعضِها ، كالنِّكاحِ والرِّقِّ ، وكما لو عَفَا عن بعضِها . والثانى ، لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه قد بَقِىَ من[٣٣] نَصِيبه ما يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ فى جَمِيعِ المَبِيعِ لو انْفَرَدَ ، فكذلك إذا بَقِىَ . ولِلمُشْتَرِى الأوَّل الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثانى فى المسألةِ الأُولَى ، وفى الثانية إذا قُلْنا بسُقُوطِ[٣٤] شُفْعَةِ البائِعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى المَبِيعِ ، وإن قُلْنا : لا تَسْقُطُ شُفْعةُ البائِعِ . فله أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأوَّل . وهل للمُشْتَرِى الأوَّل شُفْعَةٌ على المُشْتَرِى الثانى ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، له الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ ، فإنَّ المِلْكَ ثابتٌ له يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بجَمِيعِ التَّصَرُّفاتِ ، ويَسْتَحِقُّ نَماءَه وفَوائِدَه ، واسْتِحْقَاقُ الشُّفْعةِ به من فَوائِدِه . والثانى ، لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّ مِلْكَه يُوجَدُ بها ، فلا تُؤْخَذُ الشُّفْعةُ به ، ولأنَّ مِلْكَه مُتَزَلْزِلٌ ضَعِيفٌ ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ به لِضَعْفِه . والأوَّلُ أقْيَسُ ؛ فإنَّ اسْتِحْقاقَ أخْذِه منه لا يَمْنَعُ أن يَسْتَحِقَّ به الشُّفْعةَ ، كالصَّدَاقِ قبلَ الدُّخولِ ، والشِّقْصِ المَوْهُوبِ لِلْوَلَدِ . فعلى هذا لِلمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثانى ، سواءٌ أخَذَ منه[٣٥] المَبِيعَ بالشُّفْعةِ أو لم[٣٦] يأْخُذْ ، وللبائع[٣٦] الثانى إذا باعَ بعضَ الشِّقْصِ الأخْذُ من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . فأمَّا إن باعَ الشَّفِيعُ مِلْكَه قبلَ عِلْمِه بالبَيْعِ الأوَّلِ ، فقال القاضى : تَسْقُطُ شُفْعَتُه أيضا ؛ لما ذَكَرْناه ، ولأنَّه زالَ السَّبَبُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ ، وهو المِلْكُ الذى يَخافُ الضَّرَرَ بسَبَبِه ، فصارَ كمَن اشْتَرَى مَعِيبًا ، فلم يَعْلَمْ عَيْبَه حتى زالَ أو حتى باعَهُ . فعلى هذا ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَ مع عِلْمِه ، سواءٌ فيما إذا باعَ جَمِيعَه أو بعضَه . وقال أبو

---

(٣٢) فى ب : « فسقط » .

(٣٣) فى ب : « فى » .

(٣٤) فى م : « تسقط » .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦ – ٣٦) فى الأصل : « يأخذه البائع » . وفى ب : « يؤخذ وللبائع » .

الخَطَّابِ : لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه (٣٧لأنَّها ثَبَتَتْ٣٧) له ولم يُوجَدْ منه رِضًى بِتَرْكِها ، ولا ما يَدُلُّ على إسْقاطِها ، والأَصْلُ بَقاؤُها فتَبْقَى . وفارَقَ ما إذا عَلِمَ ، فإنَّ بَيْعَه دَلِيلٌ على رِضَاهُ بتَرْكِها ، فعلى هذا ، للبائِع الثانِى أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، فإن عَفَا عنه[٣٨] ، فلِلمُشْتَرِى الأوَلِ أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الثانى ، وإن أخَذَ منه ، فهل لِلْمُشْتَرِى الأولِ الأخْذُ من الثانِى ؟ على وَجْهَيْنِ .

٨٧٣ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ كَانَ غائِبًا ، وعَلِمَ بِالْبَيْعِ فِي وَقْتِ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الشُّفْعةُ ، (١وَإنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ**)

/ وجملةُ ذلك أنَّ الغائِبَ له شُفْعَةٌ١) . فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ. رُوِى ذلك عن شُرَيْحٍ ، والحَسَنِ ، وعَطَاءٍ . وبه قال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ : ليس للغائِبِ شُفْعَةٌ . وبه قال الحارِثُ العُكلِىُّ ، والبَتِّىُّ ، إلَّا للغائِبِ القَرِيبِ ؛ لأنَّ إثْباتَ الشُّفْعةِ له[٢] يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ، ويَمْنَعُ من اسْتِقْرارِ مِلْكِه وتَصَرُّفِه على حَسَبِ اخْتِيارِه ، خَوْفًا من أخْذِه ، فلم يَثْبُتْ ذلك كثُبُوتِه للحاضِرِ على التَّراخِى . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ »[٣] . وسائرُ الأحادِيثِ ، ولأنَّ الشُّفْعةَ حَقٌّ مالِىٌّ وُجِدَ سَبَبُه بالنِّسْبةِ إلى الغائِبِ ، فيَثْبُتُ له ، كالإِرْثِ ، ولأنَّه شَرِيكٌ لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ ، فتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ عند عِلْمِه ، كالحاضِرِ إذا كُتِمَ عنه البَيْعُ ، والغائِبُ غَيْبةً قَرِيبةً ، وضَرَرُ المُشْتَرِى يَنْدَفِعُ بإيجابِ القِيمَةِ له ، كما فى الصُّوَرِ[٤] المَذْكُورةِ . إذا

٣٨/٥و

(٣٧–٣٧) فى ب : « لأنَّه أثبتت » .

(٣٨) فى الأصل : « عنها » .

(١–١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(٤) فى م : « الصورة » .

ثَبتَ هذا ، فإنَّه إذا لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ إلَّا وَقْتَ قُدُومِه ، فله المُطَالَبةُ وإن طالَتْ غَيْبَتُه ؛ لأنَّ هذا الخِيَارَ يَثْبُتُ لإزَالةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فتَرَاخِى الزَّمانِ قبلَ العِلْمِ به لا يُسْقِطُه[٥] ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ومتى عَلِمَ فحُكْمُه فى المُطَالَبةِ حُكْمُ الحاضِرِ ، فى أنَّه إن طَالَبَ على الفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وحُكْمُ المَرِيضِ والمَحْبُوسِ وسائِرِ من لم يَعْلَم البَيْعَ لِعُذْرٍ ، حُكْمُ الغائِبِ ؛ لما ذَكَرْنا .

٨٧٤ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ عَلِمَ وَهُوَ فِى السَّفَرِ ، فَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى مُطَالَبَتِهِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ)

ظاهِرُ هذا أنَّه متى عَلِمَ الغائِبُ بالبَيْعِ ، وقَدَرَ على الإشْهادِ على[١] المُطَالَبةِ فلم يَفْعَلْ ، أنَّ شُفْعَتَه تَسْقُطُ ، سواءٌ قَدَرَ على التَّوْكِيلِ أو عَجَزَ عنه ، أو سارَ عَقِيبَ العِلْمِ أو أقامَ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ أبى طَالِبٍ ، فى الغائِبِ : له الشُّفْعَةُ إذا بَلَغَهُ أشْهَدَ ، وإلَّا فليس له شىءٌ . وهو وَجْهٌ للشّافِعِىِّ ، والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يَحْتاجُ إلى الإشْهادِ ؛ لأنَّه[٢] ثَبتَ عُذْرُه ، فالظاهِرُ أنَّه تَرَكَ الشُّفْعةَ لذلك . فقُبِلَ قولُه فيه . ولَنا ، أنَّه قد يَتْرُكُ الطَّلَبَ لِلعُذْرِ ، وقد يَتْرُكُه[٣] لغيرِه ، وقد يَسِيرُ لِطَلَبِ الشُّفْعةِ ، وقد يَسِيرُ لغيرِه ، وقد قَدَرَ أن يُبَيِّنَ ذلك بالإشْهادِ ، فإذا لم يَفْعَلْ سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، كتارِكِ الطَّلَبِ مع حُضُورِه . وقال القاضى : إن سارَ عَقِيبَ عِلْمِه إلى البَلَدِ الذى فيه المُشْتَرِى من غيرِ إشْهادٍ ، احْتَمَلَ أن لا تَبْطُلَ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ظاهِرَ سَيْرِه أنَّه للطَّلَبِ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقولٌ لِلشّافِعِىِّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : له من الأَجَلِ بعدَ العِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ / ، فإن مَضَى الأَجَلُ قبلَ أن يَبْعَثَ أو يَطْلُبَ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وقال العَنْبَرِىُّ : له ٥/٣٨ظ

---

(٥) فى الأصل : « يسقط » .

(١) فى م : « وعلى » .

(٢) فى الأصل زيادة : « إذا » .

(٣) فى م : « يترك » .

مَسافةُ الطَّرِيقِ ذاهِبًا وجائِيًا ؛ لأنَّ عُذْرَه فى تَرْكِ الطَّلَبِ [٤] ظاهِرٌ ، فلم يَحْتَجْ معه إلى الشَّهادةِ . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ قولِ الخِرَقِيِّ . ولا خِلافَ فى أنَّه إذا عَجَزَ عن الإشْهادِ فى سَفَرِه ، أنَّ شُفْعَتَه لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه مَعْذُورٌ فى تَرْكِه ، فأشْبَهَ ما لو تَرَكَ [٤] الطَّلَبَ لِعُذْرٍ [٥] أو لِعَدَمِ العِلْمِ ، ومتى قَدَرَ على الإشْهادِ فأخَّرَه ، كان كتأْخِيرِ الطَّلَبِ للشُّفْعةِ ، إن كان لِعُذْرٍ لم تَسْقُطِ الشُّفْعةُ ، وإن كان لغيرِ عُذْرٍ سَقَطَتْ ؛ لأنَّ الإشْهادَ قائِمٌ مَقامَ الطَّلَبِ ، ونائِبٌ عنه ، فيُعْتَبَرُ له ما يُعْتَبَرُ للطَّلَبِ . ومن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ، كالصَّبِيِّ والمَرْأةِ والفاسِقِ ، فتَرَكَ الإشْهادَ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بِتَرْكِه ؛ لأنَّ قولَهم غيرُ مُعْتَبَرٍ ، فلم يَلْزَمْ إشْهادُهم كالأطْفالِ والمَجانِينِ . وإن لم يَجِدْ من يُشْهِدُه إلَّا مَن لا يَقْدَمُ معه إلى مَوْضِعِ المُطالَبةِ ، فلم يُشْهِدْ ، فالأَوْلَى أنَّ شُفْعَتَه لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ إشْهادَه لا يُفِيدُ ، فأشْبَهَ إشْهادَ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه . فإن لم يَجِدْ إلَّا مَسْتُورَىِ الحالِ ، فلم يُشْهِدْهُما ، احْتَمَلَ أن تَبْطُلَ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ شَهادَتَهما يُمْكِنُ إثْباتُها بالتَّزْكِيةِ ، فأشْبَها العَدْلَيْنِ، ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ ؛ لأنَّه يَحْتاجُ فى إثْباتِ شَهادتِهما إلى كُلْفةٍ كثِيرةٍ ، وقد لا يَقْدِرُ على ذلك ، فلا تُقْبَلُ شَهادَتُهما ، وإن أشْهَدَهما لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، سواءٌ قُبِلَتْ شَهادَتُهما أو لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّه لم يُمْكِنْهُ أكْثَرُ من ذلك ، فأشْبَهَ العاجِزَ عن الإشْهادِ . وكذلك إن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ واحِدٍ ، فأشْهَدَه ، أو تَرَكَ إشْهادَهُ .

فصل : إذا أشْهَدَ على المُطالَبةِ ، ثم أخَّرَ القُدُومَ مع إمْكانِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّ الشُّفْعةَ بحالِها . وقال القاضى : تَبْطُلُ شُفْعَتُه . وإن لم يَقْدِرْ على المَسِيرِ [٦] ، وقَدَرَ على التَّوْكِيلِ فى طَلَبِها ، فلم يَفْعَلْ ، بطَلَتْ أيضا؛ لأنَّه تارِكٌ لِلطَّلَبِ بها مع قُدْرَتِه عليه ، فسَقَطَتْ ، كالحاضِرِ ، أو كما لو لم يُشْهِدْ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ لهم فيما إذا قَدَرَ على التَّوْكِيلِ فلم يَفْعَلْ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ له غَرَضًا بأن

(٤ - ٤) سقط من : ب .

(٥) فى م : « لعذره » .

(٦) فى الأصل : « السير » .

يُطَالِبَ لِنَفْسِه ، لِكَوْنِه أَقْوَمَ بذلك أو يخافُ[7] الضَّرَرَ من جهَةِ وَكِيلِه ، بأن يُقِرَّ عليه بِرِشْوَةٍ أو غيرِ ذلك ، فيَلْزَمُه إقْرَارُه ، فكان مَعْذُورًا . ولَنا ، أنَّ عليه فى السَّفَرِ ضَرَرًا ، لِالْتِزَامِه كُلْفَتَه ، وقد يكون له حَوَائِجُ وتِجارَةٌ يَنْقَطِعُ عنها ، وتَضِيعُ بِغَيْبَتِه ، والتَّوْكِيل إن كان بجُعْلٍ لَزِمَهُ غُرْمٌ ، وإن كان بغيرِ جُعْلٍ لَزِمَتْه مِنَّةٌ . ويَخَافُ الضَّرَرَ من جِهَتِه ، فاكْتَفَى بالإشْهَادِ . فأمَّا إن تَرَكَ السَّفَرَ ، لِعَجْزِه عنه ، أو لِضَرَرٍ يَلْحَقُه فيه ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه / مَعْذُورٌ ، فأَشْبَهَ مَن لم يَعْلَمْ . وإن لم يَقْدِرْ على الإشْهادِ ، وأمْكَنَه السَّفَرُ أو التَّوْكِيلُ ، فلم يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه تارِكٌ لِلطَّلَبِ بها مع إمْكانِه ، من غيرِ وُجُودِ ما يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبِ ، فسَقَطَتْ ، كما لو كان حاضِرًا .

٣٩/٥و

فصل : ومَن كان مَرِيضًا مَرَضًا لا يَمْنَعُ المُطَالَبَةَ ، كالصُّدَاعِ اليَسِيرِ ، والألَمِ القَلِيلِ ، فهو كالصَّحِيحِ . وإن كان مَرَضًا يَمْنَعُ المُطَالَبَةَ ، كالحُمَّى وأشْباهِها ، فهو كالغائِبِ فى الإشْهَادِ والتَّوْكِيلِ . وأمَّا المَحْبُوسُ ، فإن كان مَحْبُوسًا ظُلْمًا ، أو بِدَيْنٍ لا يمكنُه أداؤُه ، فهو كالمَرِيضِ ، وإن كان مَحْبُوسًا بحَقٍّ يَلْزَمُه أداؤُه ، وهو قادِرٌ عليه ، فهو كالمُطْلَقِ ، إن[8] لم يُبَادِرْ إلى المُطَالَبةِ ، ولم يُوَكِّلْ فيها ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه تَرَكَها مع القُدْرَةِ عليها .

٨٧٥ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَبَايَعَ ذٰلِكَ ثَلَاثَةٌ أَوْ أَكْثَرُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ بِالشُّفْعَةِ مَنْ شاءَ مِنْهُمْ ، فَإِنْ طَالَبَ الأَوَّلَ ، رَجَعَ الثانى بالثَّمَنِ الَّذِى أُخِذَ مِنْهُ ، والثَّالِثُ عَلَى الثَّانِى)

وجملةُ ذلك ، أنَّ المُشْتَرِىَ إذا تَصرَّفَ فى المَبِيعِ قبلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، أو قبلَ عِلْمِه ، فتَصَرُّفُه صَحِيحٌ ؛ لأنَّه مَلَكَهُ ، وصَحَّ قَبْضُه له ، ولم يَبْقَ إلَّا أنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَ أن يَتَمَلَّكَه عليه ، وذلك لا يَمْنَعُ من تَصَرُّفِه ، كما لو كان أحدُ العِوَضَيْنِ فى البَيْعِ مَعِيبًا ، لم يَمْنَع

---

(٧) فى م : « يخالف » .

(٨) فى ب : « وإن » .

التَّصرُّفَ (1في الآخرِ ، والمَوْهُوبُ له يجوزُ له التَّصرُّفُ1) في الهِبَةِ ، وإن كان الواهِبُ ممَّن له الرُّجُوعُ فيه ، فمتى تَصرَّفَ فيه تَصرُّفًا صَحِيحًا[2] تَجِبُ به الشُّفْعةُ ، مثل أن باعَهُ ، فالشَّفِيعُ بالخِيَارِ ، إن شاءَ فَسَخَ البَيْعَ الثانى وأخَذَهُ بالبَيْعِ الأوَّلِ بِثَمَنِه ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ وَجَبَتْ له قبلَ تَصرُّفِ المُشْتَرِى ، وإن شاءَ أمْضَى تَصرُّفَه وأخَذَ بالشُّفْعةِ من المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّه شَفِيعٌ فى العَقْدَيْنِ ، فكان له الأَخْذُ بما شاءَ منهما . وإن تَبَايَعَ ذلك ثلاثةٌ ، فله أن يَأْخُذَ المَبِيعَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدانِ الأخِيرانِ ، وله أن يَأْخُذه بالثانى ، ويَنْفَسِخُ الثالِثُ وحدَه ، وله أن يَأْخُذَه بالثالِثِ ، ولا يَنْفَسِخُ شىءٌ من العُقُودِ ، فإذا أخَذَهُ من الثالِثِ ، دَفَعَ إليه الثمنَ الذى اشْتَرَى به ، ولم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ لأنَّه وَصَلَ إليه الثمنُ الذى اشْتَرَى به ، (3وإن أخَذَ من الثانى الثمَنَ دَفَعَ إليه الذى اشْتَرَى به3) ، ورَجَعَ الثالثُ عليه بما أعْطاهُ ؛ لأنَّه قد انْفَسَخَ عَقْدُه ، وأُخِذَ الشِّقْصُ منه ، فيَرْجِعُ[4] بِثَمَنِه على الثانى ؛ لأنَّه أخَذَهُ منه ، وإن أخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَعَ إلى المُشْتَرِى الأوَّلِ الثمنَ الذى اشْتَرَى به ، وانْفَسَخَ عَقْدُ الآخَرَيْنِ ، ورَجَعَ[5] الثالثُ على الثانى بما أعْطاهُ ، ورَجَعَ الثانى على الأوَّلِ بما أعْطاهُ ، فإذا كان الأوَّلُ اشْتَراهُ بعَشَرَةٍ ، ثم اشْتَراهُ الثانى بعِشْرِينَ ، ثم اشْتَراهُ الثالثُ بثَلَاثِينَ ، فأخَذَهُ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَعَ إلى الأوَّلِ عَشَرَةً ، وأخَذَ الثانى من الأوَّلِ عِشْرِينَ ، وأخَذَ الثالثُ من الثانى ثَلَاثِينَ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ إنَّما يُؤْخَذُ من الثالِثِ ، لكَوْنِه فى يَدِه وقد انْفَسَخَ عَقْدُه ، فيَرْجِعُ بِثَمَنِه الذى وَزَنَهُ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وبه يقول مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى . وما كان فى معنى البَيْعِ ممَّا تَجِبُ به الشُّفْعةُ ، فهو كالبَيْعِ ، فيما ذَكَرْنا ، وما[6] كان ممَّا لا تَجِبُ به الشُّفْعةُ ،

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : الأصل ، ب .

(3 - 3) سقط من : الأصل . وفى ب : « وإن أخذ من الثانى دفع إليه الثمن الذى اشترى به » .

(4) فى الأصل ، ب : « فرجع » .

(5) فى الأصل : « ويرجع » .

(6) فى م : « وإن » .

فهو كالهِبَةِ والوَقْفِ ، على ما سَنَذْكُره ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : وإن تَصرَّفَ المُشْتَرِى فى الشِّقْصِ بما لا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، كالوَقْفِ والهِبَةِ والرَّهْنِ ، وجَعْلِه مَسْجِدًا ، فقال أبو بكرٍ : للشَّفِيعِ فَسْخُ ذلك التَّصرُّفِ ، ويَأْخُذُه بالثمَنِ الذى وَقَعَ البَيْعُ به . وهو قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى ؛ لأنَّ[7] الشَّفِيعَ مَلَكَ فَسْخَ البَيْعِ[8] الثانى والثالثِ ، مع إمكانِ الأَخْذِ بهما ، فلأنْ[9] يَمْلِكَ فَسْخَ عَقْدٍ لا يُمْكِنُه الأَخْذُ به أوْلَى ، ولأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أسْبَقُ ، وجَنَبَتُه أقْوَى ، فلم يَمْلِكِ المُشْتَرِى أن يَتَصرَّفَ تَصَرُّفًا يُبْطِلُ حَقَّه . ولا يَمْتَنِعُ أن يَبْطُلَ الوَقْفُ لأَجْلِ حَقِّ الغيرِ ، كما لو وَقَفَ المَرِيضُ أمْلاكَه وعليه دَيْنٌ ، فإنَّه إذا ماتَ ، رُدَّ الوَقْفُ إلى الغُرَماءِ والوَرَثَةِ فيما زادَ على ثُلُثِه ، بل لهم إبْطالُ العِتْقِ ، فالوَقْفُ أوْلَى . وقال القاضى : المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ عَلِيِّ بن سَعِيدٍ ، وبَكْرِ بن محمدٍ ، إسْقاطُ الشُّفْعةِ فيما إذا تَصَرَّفَ بالوَقْفِ والهِبَةِ . وحُكِىَ ذلك عن الْمَاسَرْجِسِيِّ[10] فى الوَقْفِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ فى المَمْلُوكِ ، وقد خَرَجَ هذا عن كونِه مَمْلُوكًا . وقال ابنُ أبى موسَى : مَن اشْتَرَى دارًا ، فجَعَلَها مَسْجِدًا ، فقد اسْتَهْلَكَها ، ولا شُفْعةَ فيها . ولأنَّ فى الشُّفْعةِ هٰهُنا إضْرارًا بالمَوْهُوبِ له ، والمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عنه بغيرِ عِوَضٍ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، بخِلَافِ البَيْعِ ، فإنَّه إذا فَسَخَ البَيْعَ الثانىَ ، رَجَعَ المُشْتَرِى الثانى بالثمنِ الذى أُخِذَ منه ، فلا يَلْحَقُه ضَرَرٌ ، ولأنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعةِ هٰهُنا يُوجِبُ رَدَّ العِوَضِ إلى غيرِ المالِكِ ، وسَلْبَه عن المالِكِ ، فإذا قُلْنا بِسُقُوطِ الشُّفْعةِ ، فلا كلامَ ، وإن قُلْنا بِثُبُوتِها ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ ممَّن هو فى يَدِه ، ويَفْسَخُ عَقْدَه ، ويَدْفَعُ الثمنَ إلى المُشْتَرِى . وحُكِى عن مالِكٍ أنَّه يكونُ لِلْمَوْهُوبِ له ؛ لأنَّه يَأْخُذُ مِلْكَه . ولَنا ، أنَّ

---

(٧) فى الأصل : « إلا أن » .

(٨) فى الأصل : « المبيع » .

(٩) فى الأصل ، م : « فبأن » .

(١٠) أبو على الحسن بن عيسى بن ماسرجس الماسرجسى النيسابورى ، أسلم على يد ابن المبارك ، وكان ورعا دينا ثقة ، ولما مَرَّ ببغداد وحدث بها ، عدوا فى مجلسه اثنتى عشرة ألف محبرة ، توفى سنة أربعين ومائتين . الأنساب ٥٠١ و ، العبر ١ / ٤٣٢ .

الشَّفِيعَ يُبْطِلُ الهِبَةَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ بحُكْمِ العَقْدِ الأوَّلِ ، ولو لم يكن وَهَبَ ، كان الثمنُ له ، كذلك بعدَ الهِبَةِ المَفْسُوخةِ .

فصل : فإن جَعَلَه صَدَاقًا ، أو عِوَضًا فى خُلْعٍ / أو صُلْحٍ عن دَمٍ[11] عَمْدٍ ، انْبَنَى ذلك على الوَجْهَيْنِ فى الأَخْذِ بالشُّفْعةِ . ٥/٤٠و

فصل[12] : فإن قايَلَ البائعُ المُشْتَرِىَ ، أو رَدَّه[13] عليه بعَيْبٍ ، فلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الإِقَالةِ والرَّدِّ ، والأَخْذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ حَقَّهُ سابقٌ عليهما ، ولا يُمْكِنُه الأخْذُ معهما . وإن تَحالَفَا على الثَّمَنِ ، وفَسَخَا البَيْعَ ، فلِلشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ بما حَلَفَ عليه البائِعُ ؛ لأنَّ البائعَ مُقِرٌّ بالبَيْعِ بالثمنِ الذى حَلَفَ عليه ، ومُقِرٌّ لِلشَّفِيعِ باسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ بذلك ، فإذا بَطَلَ حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِهِ ، لم يَبْطُلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بذلك ، وله أن يُبْطِلَ فَسْخَهُما ويَأْخُذَ ؛ لأنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ .

فصل : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بِعَبْدٍ ، ثم وَجَدَ بائِعُ الشِّقْصِ بالعَبْدِ عَيْبًا ، فله رَدُّ العَبْدِ واسْتِرْجاعُ الشِّقْصِ ، ويُقَدَّمُ على حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ فى تَقْدِيمِ حَقِّ الشَّفِيعِ إضْرارًا بالبائِعِ ، بإسْقاطِ حَقِّه فى[14] الفَسْخِ الذى اسْتَحَقَّه ، والشُّفْعةُ[15] تَثْبُتُ لإزالةِ الضَّرَرِ ، فلا تَثْبُتُ على وَجْهٍ يَحْصُلُ بها الضَّرَرُ ، فإن الضَّرَرَ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ : يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه ، كما لو وَجَدَ المُشْتَرِى بالشِّقْصِ عَيْبًا فرَدَّهُ . ولَنا ، أنَّ فى الشُّفْعةِ إبْطالَ حَقِّ البائِعِ ، وحَقُّه أسْبَقُ ؛ لأنَّه اسْتَنَدَ إلى وُجُودِ العَيْبِ ، وهو مَوْجُودٌ حالَ البَيْعِ ، والشُّفْعةُ ثَبَتَتْ بالبَيْعِ ، فكان حَقُّ البائِعِ سابِقًا ، وفى الشُّفعةِ إبْطالُه ، فلم تَثْبُتْ ، ويُفارِقُ[16] ما

---

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى الأصل ، ب : « رد » .

(١٤) فى الأصل ، م : « من » .

(١٥) فى م زيادة : « لا » .

(١٦) فى ب : « وفارق » .

إذا كان الشِّقْصُ مَعِيبًا ، فإنَّ حَقَّ المُشْتَرِى إنَّما هو فى اسْتِرْجاعِ الثمَنِ ، وقد حَصَلَ له من الشَّفِيعِ ، فلا فائِدَةَ فى الرَّدِّ ، وفى مَسْأَلتِنا حَقُّ البائِعِ فى اسْتِرْجاعِ الشِّقْصِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك مع الأخْذِ بالشُّفْعةِ ، فافْتَرقَا . فإن لم يَرُدَّ البائِعُ (17) العَبْدَ المَعِيبَ (17) حتى أخَذَ الشَّفِيعُ ، كان له رَدُّ العَبْدِ ، ولم يَمْلِكْ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَهُ بالأخْذِ ، فلم يَمْلِكِ البائِعُ إبْطالَ مِلْكِه ، كما لو باعَهُ المُشْتَرِى لأجْنَبِىٍّ ، فإنَّ الشُّفْعةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، ولكن يَرْجِعُ بقِيمَةِ الشِّقْصِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ التَّالِفِ ، والمُشْتَرِى قد أخَذَ من الشَّفِيعِ قِيمَةَ العَبْدِ ، فهل يَتَراجَعانِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَتَراجَعانِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَ بالثَّمنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وهو قِيمَةُ العَبْدِ صَحِيحًا لا عَيْبَ فيه ، بدَلِيلِ أنَّ البائِعَ إذا عَلِمَ بالعَيْبِ مَلَكَ رَدَّه . ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَه بقِيمَتِه مَعِيبًا ؛ لأنَّه إنَّما أعْطَى عَبْدًا مَعِيبًا ، فلا يَأْخُذُ قِيمَةَ غيرِ ما أعْطَى . والثانى ، يَتَراجَعانِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ بالثَّمنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، والذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ / قِيمَةُ الشِّقْصِ ، فإذا قُلْنا : يَتَراجَعانِ . فأيُّهما كان ما دَفَعَهُ أكْثَرَ ، رَجَعَ بالفَضْلِ على صاحِبِه ، وإن لم يَرُدَّ البائِعُ العَبْدَ ، ولكن أخَذَ أرْشَه ، لم يَرْجِعِ المُشْتَرِى على الشَّفِيعِ بشىءٍ ؛ لأنَّه إنَّما دَفَعَ إليه قِيمَةَ العَبْدِ غيرَ مَعِيبٍ . وإن أدَّى قِيمَتَه مَعِيبًا رَجَعَ المُشْتَرِى عليه ، بما أدَّى من أرْشِه . وإن عَفَا عنه ، ولم يَأْخُذْ أرْشًا ، لم يَرْجِعِ الشَّفِيعُ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ لازِمٌ من جِهَةِ المُشْتَرِى ، لا يَمْلِكُ فَسْخَه ، فأشْبَه ما لو حَطَّ عنه بعضَ الثمَنِ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ . وإن عادَ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرِى ، ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو إرْثٍ أو غيرِه ، فليس للشَّفِيعِ (18) أخْذُه بالبَيْعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِى زالَ عنه ، وانْقَطَعَ حَقُّه منه ، وانْتَقَلَ حَقُّه إلى القِيمَةِ ، فإذا أخَذَها لم يَبْقَ له حَقٌّ ، بخِلَافِ ما لو غَصَبَ شَيْئًا لم يَقْدِرْ على رَدِّه ، فأدَّى قِيمَتَه (19) ، ثم

٥/٤٠ ظ

(١٧ – ١٧) فى الأصل : « العيب » .

(١٨) فى م : « للبائع » .

(١٩) فى ب : « القيمة » .

قَدَرَ عليه ، فإنَّه يَرُدُّه ؛ لأنَّ مِلْكَ المَغْصُوبِ لم يَزُلْ عنه .

فصل : ولو كان ثَمَنُ الشِّقْصِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فتَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، بَطَلَ البَيْعُ ، وبَطَلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه تَعذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فتَعذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ ، فلم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، كما لو فَسخَ البَيْعَ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، بخِلَافِ الإِقَالَةِ والرَّدِّ بالعَيْبِ . وإن كان الشَّفِيعُ قد أخَذَ الشِّقْصَ ، فهو كما لو أخذَه فى المَسْأَلةِ التى قبلَها ؛ لأنَّ لِمُشتَرِى الشِّقْصِ التَّصرُّفَ فيه قبلَ تَقْبِيضِ ثَمَنِه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَراهُ منه أجْنَبِىٌّ .

فصل : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ أو ثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فخَرَجَ مُسْتَحقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ولا شُفْعةَ فيه ؛ لأنَّها إنَّما تَثْبُتُ فى عَقْدٍ يَنْقلُ المِلْكَ إلى المُشْتَرِى ، وهو العَقْدُ الصَّحِيحُ ، فأمَّا الباطِلُ فوُجُودُه كعَدَمِه . فإن كان الشَّفِيعُ قد أخَذَ بالشُّفْعةِ ، لَزِمَهُ رَدُّ ما أخَذَ على البائِعِ ، ولا يَثْبُتُ ذلك إلَّا ببَيِّنةٍ أو إقْرارٍ من الشَّفِيعِ والمُتَبايِعَيْنِ . فإن أقَرَّ المُتَبايِعانِ ، وأنْكَرَ الشَّفِيعُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه ، وله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، ويُرَدُّ العَبْدُ على صَاحِبِه ، ويَرْجِعُ البائِعُ على المُشْتَرِى بقِيمَةِ الشِّقْصِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِى دون البائِعِ ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، ووَجَبَ على المُشْتَرِى رَدُّ قِيمَةِ العَبْدِ على صاحِبِه ، ويَبْقَى الشِّقْصُ معه يَزْعُمُ أنَّه للبائِعِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، ويَدَّعِى عليه وُجُوبَ رَدِّ العَبْدِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، فيَشْتَرِى الشِّقْصَ منه ، ويَتَبارَءانِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ والبائِعُ وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، وَجَبَ على البائِعِ رَدُّ العَبْدِ على صاحِبِه ، ولم تَثْبُتِ الشُّفْعةُ ، ولم يَمْلِكِ البائِعُ مُطَالَبةَ المُشْتَرِى بشىءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ فى الظاهِرِ ، وقد أدَّى ثَمَنَه الذى هو مِلْكُه فى الظَّاهِرِ . /وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ وحدَه ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، ولا يَثْبُتُ شىءٌ من أحْكامِ البُطْلَانِ فى حَقِّ المُتَبايِعَيْنِ . فأمَّا إن اشْتَرَى الشِّقْصَ بثَمَنٍ فى الذِّمّةِ ، ثم نَقَدَ الثمنَ ، فبانَ مُسْتَحقًّا ، كانت الشُّفْعةُ واجِبَةً ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ ، فإنْ تَعذَّرَ قَبْضُ الثمَنِ من المُشْتَرِى لإعْسَارِه أو غيرِه ، فلِلْبائِعِ فَسْخُ البَيْعِ ، ويُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ بالأَخْذِ[20] بها يَحْصُلُ للمُشْتَرِى ما يُؤَدِّيه[21] ثَمنًا ، فتَزُولُ

٥/٤١ و

(٢٠) فى ب ، م : « الأخذ » .

(٢١) فى م : « يوفيه » .

عُسْرَتُه ، ويَحْصُلُ الجَمْعُ بين الحَقَّيْنِ ، فكان أَوْلَى .

فصل : وإذا وَجَبَتِ الشُّفْعةُ ، وقَضَى القاضِى بها ، والشِّقْصُ فى يَدِ البائِعِ ، ودَفَعَ الثمَنَ إلى المُشْتَرِى ، فقال البائِعُ للشَّفِيعِ : أَقِلْنِى . فأَقَالَه ، لم تَصِحَّ الإِقَالَةُ ؛ لأنَّها تَصِحُّ بين المُتَبايِعَيْنِ ، وليس بين الشَّفِيعِ والبائِعِ بَيْعٌ ، وإنَّما هو مُشْتَرٍ من المُشْتَرِى . فإن باعَهُ إيَّاهُ ، صَحَّ البَيْعُ[22] ؛ لأنَّ العَقَارَ يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه .

٨٧٦ – مسألة ؛ قال : (ولِلصَّغِيرِ إذَا كَبِرَ الْمُطَالَبَةُ بالشُّفْعَةِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا بِيعَ فى شَرِكَةِ الصَّغِيرِ شِقْصٌ ، ثَبَتَتْ[1] له الشُّفْعَةُ ، فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ، منهم الحَسَنُ ، وعَطَاءٌ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشّافِعِىُّ[2] ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْى . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له . ورُوِى ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والحارِثِ العُكْلِىِّ ؛ لأنَّ الصَّبِىَّ لا يُمْكِنُه الأَخْذُ ، ولا يُمْكِنُ انْتِظَارُه حتى يَبْلُغَ . لما فيه من الإِضْرَارِ بالمُشْتَرِى ، وليس للوَلِىِّ الأَخْذُ ؛ لأنَّ مَنْ لا يَمْلِكُ العَفْوَ لا يَمْلِكُ الأخْذَ . ولَنا ، عُمُومُ الأحادِيثِ ، ولأنَّه خِيَارٌ جُعِلَ لإِزَالَةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيَثْبُتُ فى حَقِّ الصَّبِىِّ كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وقولُهم : لا يُمْكِنُ الأَخْذُ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ الوَلِىَّ يَأْخُذُ بها ، كما يَرُدُّ المَعِيبَ . قولُهم : لا يُمْكِنُه العَفْوُ . يَبْطُلُ بالوَكِيلِ فيه ، وبالرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّ وَلِىَّ الصَّبِىِّ[3] لا يُمْكِنُه العَفْوُ ، ويُمْكِنُه الرَّدُّ . ولأنَّ فى الأَخْذِ تَحْصِيلًا لِلْمِلْكِ للصَّبِىِّ ، ونَظَرًا له ، وفى العَفْوِ تَضْيِيعٌ وتَفْرِيطٌ فى حَقِّه ، ولا يَلْزَمُ من مِلْكِ ما فيه الحَظُّ مِلْكُ ما فيه تَضْيِيعٌ ، ولأنَّ العَفْوَ إسْقَاطٌ لِحَقِّه ، والأَخْذَ اسْتِيفَاءٌ له ، ولا يَلْزَمُ من مِلْكِ الوَلِىِّ اسْتِيفَاءَ حَقِّ المُوَلَّى عليه ، مِلْكُ إسْقَاطِه ، بِدَلِيلِ سائِرِ حُقُوقِه ودُيُونِه .

---

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١) فى ب : « يثبت » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « الصبر » خطأ .

وإن لم يَأْخُذ الوَلِيُّ ، انْتُظِرَ بُلوغُ الصَّبِيِّ ، كما يُنْتَظَرُ قُدُومُ الغائبِ . وما ذَكَرُوه من الضَّرَرِ فى الانْتِظارِ ، يَبْطُلُ بالغائبِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ ظاهِرَ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ لِلصَّغِيرِ إذا كَبِرَ الأَخْذَ بها ، سواءٌ عَفَا عنها الوَلِيُّ أو لم يَعْفُ ، وسواءٌ كان الحَظُّ[4] فى الأَخْذِ بها ، أو فى تَرْكِهَا . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوَايةِ ابنِ مَنْصُورٍ : له الشُّفْعةُ إذا بَلَغَ فاخْتَارَ . ولم يُفَرِّقْ . وهذا قولُ الأَوْزَاعِيِّ ، وزُفَرَ ، ومحمد بن الحَسَنِ ، وحَكَاه بعضُ أصْحابِ / الشّافِعِيِّ عنه ؛ لأنَّ المُسْتَحِقَّ لِلشُّفْعةِ يَمْلِكُ الأَخْذَ بها ، سواءٌ كان له الحَظُّ فيها[4] أو لم يكنْ ، فلم يَسْقُطْ بِتَرْكِ غيرِه ، كالغائبِ إذا تَرَكَ وَكِيلُه الأَخْذَ بها . وقال أبو عبد اللهِ ابن حامِدٍ : إن تَرَكَها الوَلِيُّ لِحَظِّ الصَّبِيِّ ، أو لأنَّه ليس لِلصَّبِيِّ ما يَأْخُذُها به ، سَقَطَتْ . وهذا ظاهِرُ[5] مذهبِ الشّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَلِيَّ فَعَلَ ماله فعْلُه ، فلم يَجُزْ لِلصَّبِيِّ نَقْضُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّه فَعَلَ ما فيه الحَظُّ لِلصَّبِيِّ ، فصَحَّ ، كالأَخْذِ مع الحَظِّ . وإن تَرَكَها لغيرِ ذلك ، لم تَسْقُطْ . وقال أبو حنيفةَ : تَسْقُطُ بِعَفْوِ الوَلِيِّ عنها فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّ مَن مَلَكَ الأَخْذَ بها مَلَكَ العَفْوَ عنها ، كالمالِكِ . وخَالَفَه صاحِبَاهُ فى هذا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقًّا لِلمُوَلَّى عليه ، ولا[6] حَظَّ له فى إسْقَاطِه ، فلم يَصِحَّ ، كالإِبراءِ ، وإسْقَاطِ خِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا يَصِحُّ قِيَاسُ الوَلِيِّ على المالِكِ ؛ لأنَّ لِلْمالِكِ التَّبَرُّعَ والإِبراءَ وما لا حَظَّ له فيه ، بخِلَافِ الوَلِيِّ .

فصل : فأمَّا الوَلِيُّ ، فإن كان لِلصَّبِيِّ حَظٌّ فى الأَخْذِ بها ، مثل أن يكونَ الشِّرَاءُ رَخِيصًا ، أو بِثَمَنِ المِثْلِ ولِلصَّبِيِّ مالٌ لِشِرَاءِ العَقَارِ ، لَزِمَ وَلِيَّه الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ عليه الاحْتِيَاطَ له ، والأَخْذَ بما فيه الحَظُّ ، فإذا أَخَذَ بها ، ثَبَتَ المِلْكُ لِلصَّبِيِّ ، ولم يَمْلِكْ نَقْضَه بعدَ البُلوغِ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الأَوْزَاعِيُّ : ليس لِلْوَلِيِّ الأَخْذُ بها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ العَفْوَ عنها ، فلا يَمْلِكُ

٤١/٥ ظ

---

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى م : « لا » .

الأَخْذَ بها ، كالأَجْنبِيِّ ، وإنَّما يَأْخُذُ بها الصَّبِيُّ إذا كَبِرَ . ولا يَصِحُّ هذا[7] ؛ لأنَّه خِيَارٌ جُعِلَ لإزالةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فمَلَكَهُ الوَلِيُّ فى حَقِّ الصَّبِيِّ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وقد ذَكَرْنا فَسَادَ قِيَاسِه فيما مَضَى . فإن تَرَكَها الوَلِيُّ مع الحَظِّ فَلِلصَّبِيِّ الأَخْذُ بها إذا كَبِرَ ، ولا يَلْزَمُ الوَلِيَّ لذلك غُرْمٌ ؛ لأنَّه لم يُفَوِّتْ شَيْئًا من مَالِه ، وإنَّما تَرَكَ تَحْصِيلَ مالَهُ الحَظُّ فيه ، فأَشْبَهَ مالو تَرَكَ شِرَاءَ العَقَارِ له[8] مع الحَظِّ فى شِرَائِه ، وإن كان الحَظُّ فى تَرْكِها ، مثل أن يكونَ المُشْتَرِى قد غُبِنَ ، أو كان فى الأَخْذِ بها يَحْتاجُ إلى أن يَسْتَقْرِضَ ويَرْهَنَ مالَ الصَّبِيِّ ، فليس له الأَخْذُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ فِعْلَ ما لا حَظَّ لِلصَّبِيِّ فيه . فإن أَخَذَ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ، ويكون باقِيًا على مِلْكِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى له مالا يَمْلِكُ شِرَاءَه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَى بزِيَادَةٍ كَثِيرَةٍ على ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ولا يَمْلِكُ الوَلِيُّ المَبِيعَ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ تُؤْخَذُ بحَقِّ الشَّرِكَةِ ، ولا شَرِكَةَ لِلْوَلِيِّ ، ولذلك لو أَرادَ الأَخْذَ لِنَفْسِه ، لم يَصِحَّ ، فأَشْبَهَ مالو تَزَوَّجَ لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فإنَّه يَقَعُ باطِلًا ، ولا يَصِحُّ لواحِدٍ منهما ، كذا هٰهُنا . وهذا مذهبُ الشّافِعِيِّ .

٤٢/٥ و والرواية الثانية ، / يَصِحُّ الأَخْذُ لِلصَّبِيِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى[9] له ما يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ به ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، والحَظُّ يَخْتَلِفُ ويَخْفَى ، فقد يكونُ له حَظٌّ فى الأَخْذِ بأَكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ[7] ، لِزِيادَةِ قِيمَةِ مِلْكِه والشِّقْصِ الذى يَشْتَرِيه بزَوالِ الشَّرِكَةِ ، أو لأنَّ الضَّرَرَ الذى[10] يَنْدَفِعُ بأَخْذِه كَثِيرٌ ، فلا يُمْكِنُ اعْتِبارُ الحَظِّ بِنَفْسِه لِخَفَائِه ، ولا بِكَثْرةِ الثمَنِ لما ذَكَرْناه ، فسَقَطَ اعْتِبارُه ، وصَحَّ البَيْعُ .

فصل : وإذا باعَ وَصِيُّ الأَيْتامِ ، فباعَ لأَحَدِهِم نَصِيبًا فى شَرِكَةِ الآخَرِ[11] ، كان له

---

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « يشترى » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى ب ، م : « آخر » .

الأَخْذُ للآخَرِ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه كالشِّراءِ له . وإن كان الوَصِيُّ شَرِيكًا لمن باعَ عليه ، لم يَكُنْ له الأَخْذُ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ في بَيْعِه ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ مَن يَشْتَرِى لِنَفْسِه من مالِ يَتِيمِه . ولو باعَ الوَصِيُّ نَصِيبَه ، كان له الأَخْذُ لليَتِيمِ بالشُّفْعةِ ، إذا كان له الحَظُّ فيها ؛ لأنَّ التُّهْمةَ مُنْتَفِيةٌ ، فإنَّه لا يَقْدِرُ على الزِّيادَةِ في ثَمَنِه ، لكَوْنِ المُشْتَرِى لا يُوافِقُه ، ولأنَّ الثمنَ حاصِلٌ له من المُشْتَرِى ، كحُصُولِه من اليَتِيمِ ، بخِلَافِ بَيْعِه مالَ اليَتِيمِ ، فإنَّه يُمْكِنُه تَقْلِيلُ الثمَنِ لِيَأْخُذَ الشِّقْصَ به ، فإذا رُفِعَ الأمْرُ إلى الحاكِمِ ، فباعَ عليه ، فلِلْوَصِيِّ الأَخْذُ حينئذ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ ، وإن كان مكانَ الوَصِيِّ أَبٌ ، فباعَ شِقْصَ الصَّبِيِّ ، فله أن يَأْخُذَه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ له أن يَشْتَرِىَ من نَفْسِه مالَ وَلَدِه ، لِعَدَمِ التُّهْمةِ . وإن بِيعَ شِقْصٌ في شَرِكَةِ حَمْلٍ ، لم يكُنْ لِوَلِيِّه أن يَأْخُذَ له بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَمْلِيكُه بغيرِ الوَصِيَّةِ . وإذا وُلِدَ الحَمْلُ ثم كَبِرَ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، كالصَّبِيِّ إذا كَبِرَ .

فصل : وإذا عَفَا وَلِيُّ الصَّبِيِّ عن شُفْعَتِه التي له فيها حَظٌّ ، ثم أرادَ الأَخْذَ بها ، فله ذلك ، في قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها لم تَسْقُطْ بإسْقاطِه ، ولذلك مَلَكَ الصَّبِيُّ الأَخْذَ بها إذا كَبِرَ ، [١٢]ولو سَقَطَتْ[١٢] لم يَمْلِكِ الأَخْذَ بها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأَخْذَ بها ؛ لأنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ على التَّراخِى ، وذلك على خِلَافِ الخَبَرِ والمَعْنَى . ويُخالِفُ أَخْذَ الصَّبِيِّ بها إذا كَبِرَ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَتَجَدَّدُ له عند كِبَرِه ، فلا يَمْلِكُ تأْخِيرَه حينئذ ، وكذلك أَخْذُ الغائِبِ بها إذا قَدِمَ . فأمَّا إن تَرَكَها لِعَدَمِ الحَظِّ فيها ، ثم أرادَ الأَخْذَ بها ، والأَمْرُ على ما كان ، لم يَمْلِكْ ذلك ، كما لم يَمْلِكْهُ ابْتِداءً . وإن صارَ فيها حَظٌّ ، أو كان مُعْسِرًا عند البَيْعِ فأيْسَرَ بعدَ ذلك ، انْبَنَى ذلك على سُقُوطِها بذلك ؛ فإن قُلْنا : لا تَسْقُطُ ، وللصَّبِيِّ الأَخْذُ بها إذا كَبِرَ . فحُكْمُها حُكْمُ ما فيه الحَظُّ ، وإن قُلْنا : تَسْقُطُ . فليس له الأَخْذُ بها بحالٍ ؛ لأنَّها قد سَقَطَتْ على الإطْلاقِ ، فأَشْبَهَ ما لو عَفَا الكَبِيرُ عن شُفْعَتِه .

(١٢–١٢) في الأصل : « وإذا سقط » .

٥/٤٢ظ **فصل** : / والحُكْمُ فى المَجْنُونِ المُطْبِقِ كالحُكْمِ فى الصَّبِىِّ سواءً ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّه ، وكذلك السَّفِيهُ لذلك ، وأما المُغْمَى عليه فلا وِلَايَةَ عليه ، وحُكْمُه حُكْمُ الغائِبِ والمَجْنُونِ[١٣] يُنْتَظَرُ إفَاقَتُه . وأمَّا المُفْلِسُ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، والعَفْوُ عنها ، وليس لِغُرَمائِه الأخْذُ بها ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَثْبُتْ لهم فى أمْلَاكِه[١٤] قبلَ قِسْمَتِها ، ولا إجْبارُه على الأَخْذِ بها ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها ، كسائِرِ المُعاوَضاتِ . وليس لهم إجْبارُه على العَفْوِ ؛ لأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ ، فلا يُجْبَرُ عليه . وسواءٌ كان له حَظٌّ فى الأَخْذِ بها ، أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ فى ذِمَّتِه ، وليس بمَحْجُورٍ عليه فى ذِمَّتِه ، لكنْ لهم مَنْعُه من دَفْعِ مالِه فى ثَمَنِها ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِم بمالِه ، فأشْبَهَ مالو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه شِقْصًا غيرَ هذا . ومتى مَلَكَ الشِّقْصَ المَأْخُوذَ بالشُّفْعةِ ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَماءِ به ، سواءٌ أخَذَه بِرِضَاهُم أو بغيرِه ؛ لأنَّه مالٌ له ، فأشْبَهَ ما لو اكْتَسَبَه . وأمَّا المُكَاتَبُ ، فله الأخْذُ والتَّرْكُ ، وليس لِسَيِّدِه الاعْتِراضُ عليه ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ يَقَعُ له دُونَ سَيِّدِه . فأمَّا المَأْذُونُ له فى التِّجارةِ من العَبِيدِ ، فله الأخْذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ له فى الشِّراءِ ، وإن عَفَا عنها[١٥] لم يَنْفُذْ عَفْوُه ؛ لأنَّ المِلْكَ لِسَيِّدِه[١٦] ، ولم يَأْذَنْ له فى إبْطالِ حُقُوقِه . وإن أسْقَطَها السَّيِّدُ ، سَقَطَتْ ، ولم يكُنْ لِلعَبْدِ أن يَأْخُذَ ؛ لأنَّ للسَّيِّدِ الحَجْرَ عليه ، ولأنَّ الحَقَّ قد أسْقَطَه مُسْتَحِقُّه ، فيَسْقُطُ بإسْقاطِه .

فصل : وإذا بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ مالِ المُضَارَبةِ ، فلِلْعامِلِ الأخْذُ بها إذا كان الحَظُّ فيها ، فإن تَرَكَها فلِرَبِّ المالِ الأَخْذُ ؛ لأنَّ مالَ المُضارَبةِ مِلْكُه . ولا يَنْفُذُ عَفْوُ العامِلِ ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه ، فلم يَنْفُذْ عَفْوُه ، كالمَأْذُونِ له . وإن اشْتَرَى المُضارِبُ بمالِ المُضارَبةِ شِقْصًا فى شَرِكَةِ رَبِّ المالِ ، فهل لِرَبِّ المالِ فيه شُفْعةٌ ؟ على وَجْهَيْنِ ، مَبْنِيَّيْنِ على شِراءِ

---

(١٣) فى ب : « والمحبوس » .

(١٤) فى ب : « أملاكهم » .

(١٥) فى الأصل : « عنه » .

(١٦) فى الأصل : « للسيد » .

رَبُّ المالِ من مالِ المُضارَبةِ ، وقد ذكَرْناهُما . وإن كان المُضارِبُ شَفِيعَه ، ولا رِبْحَ فى المالِ ، فله الأخْذُ بها ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه . وإن كان فيه رِبْحٌ ، وقُلْنا : لا يَمْلِكُ بالظُّهورِ . فكذلك ، وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالظُّهورِ . ففيه وَجْهانِ كرَبِّ المالِ . ومذهبُ الشّافِعِىِّ فى هذا كلِّه على ما[17] ذكَرْنا . فإن باعَ المُضارِبُ شِقْصًا فى شَرِكَتِه ، لم يكُنْ له أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، فأشْبَهَ شِراءَه من نَفْسِه .

فصل : ولا شُفْعةَ بشَرِكَةِ الوَقْفِ . ذكَرَه القاضِيانِ ؛ ابنُ أبى موسى ، وأبو يَعْلَى ، / وهو ظاهِرُ مذهبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعةِ ، فلا تَجِبُ فيه[18] ، كالمُجاوِرِ وغيرِ المُنْقَسِمِ ، ولأنَّنا إن قُلْنا : هو غيرُ مَمْلُوكٍ . فالمَوْقُوفُ عليه غيرُ مالِكٍ ، وإن قُلْنا : هو مَمْلُوكٌ . فمِلْكُه غيرُ تامٍّ ؛ لأنَّه لا يُفِيدُ إباحَةَ التَّصرُّفِ فى الرَّقَبةِ ، فلا يَمْلِكُ به مِلْكًا تامًّا . وقال أبو الخَطّابِ : إن قُلْنا : هو مَمْلُوكٌ . وَجَبَتْ به الشُّفْعةُ ؛ [19]لأنَّه مَمْلُوكٌ بِيعَ فى شَرِكَتِه شِقْصٌ[19] ، فوَجَبَتْ به الشُّفْعةُ كالطَّلْقِ[20] ، ولأنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عنه بالشُّفْعةِ كالطَّلْقِ ، فوَجَبَتْ فيه ، كوُجُوبِها فى الطَّلْقِ ، وإنَّما لم يَسْتَحِقَّ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ الأخْذَ بها بَيْعٌ ، وهو ممَّا لا يجوزُ بَيْعُه .

٥/٤٣و

٨٧٧ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا بَنَى الْمُشْتَرِى أعْطاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بِنائِهِ ، إلَّا أنْ يَشاءَ الْمُشْتَرِى أنْ يَأْخذَ بِناءَهُ ، فَلَهُ ذٰلِك ، إذَا لَمْ يَكُنْ فِى أخْذِهِ ضَرَرٌ)

وجملتُه أنَّه يُتَصوَّرُ بِناءُ المُشْتَرِى وغَرْسُه فى الشِّقْصِ المَشْفوعِ على وَجْهٍ مُباحٍ فى مَسائِلَ ؛ منها ، أن يُظْهِرَ المُشْتَرِى أنَّه وُهِبَ له ، أو أنَّه اشْتَراه بأكْثَرَ من ثَمَنِه ، أو غير ذلك ممَّا يَمْنَعُ الشَّفِيعَ من الأخْذِ بها ، فيَتْرُكُها ويُقاسِمُه ، ثم يَبْنِى المُشْتَرِى ويَغْرِسُ

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) لعله أراد به غير الوقف .

فيه . ومنها ، أن يكونَ غائِبًا فيُقَاسِمَه وَكِيلُه ، أو صَغِيرًا فيُقَاسِمَه وَلِيُّه ، ونحو ذلك ، ثم يَقْدَمُ الغائِبُ ، أو يَبْلُغُ الصَّغِيرُ ، فيَأْخُذُ بالشُّفْعةِ . وكذلك إن كان غائِبًا أو صَغِيرًا ، فطَالَبَ المُشْتَرِى الحاكِمَ بالقِسْمَةِ ، فقاسَمَ ، ثم قَدِمَ الغائِبُ ، وبَلَغَ الصَّغِيرُ ، فأخَذَه بالشُّفْعةِ بعدَ غَرْسِ المُشْتَرِى وبِنَائِه ، فإنَّ لِلمُشْتَرِى قَلْعَ غَرْسِه وبِنَائِه ، إن اخْتارَ ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فإذا قَلَعَهُ فليس عليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا نَقْصُ الأرْضِ . ذَكَرَه القاضى . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه غَرَسَ وبَنَى فى مِلْكِه ، وما حَدَثَ من النَّقْصِ إنَّما حَدَثَ فى مِلْكِه ، وذلك مما لا يُقَابِلُه ثمنٌ . وظاهِرُ كلامِ[1] الخِرَقِىِّ أنَّ عليه ضَمَانَ النَّقْصِ الحاصِلِ بالقَلْعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ فى قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وذلك لأنَّه نَقْصٌ دَخَلَ على مِلْكِ غيرِه لأجْلِ تَخْلِيصِ مِلْكِه ، فلَزِمَهُ[2] ضَمَانُه ، كما لو كَسَرَ مِحْبَرَةَ غيرِه لإخْراجِ دِينَارِه منها . وقولُهم : إنَّ النَّقْصَ حَصَلَ فى مِلْكِه . ليس كذلك ؛ فإنَّ النَّقْصَ الحاصِلَ بالقَلْعِ إنَّما هو فى مِلْكِ الشَّفِيعِ . فأمَّا نَقْصُ الأرْضِ الحاصِلُ بالغَرْسِ والبِنَاءِ فلا يَضْمَنُه ؛ لما ذَكَرُوه . فإن لم يَخْتَرِ المُشْتَرِى القَلْعَ ، فالشَّفِيعُ بالخِيَارِ[3] بين ثلاثةِ أشْيَاء ؛ تَرْكِ الشُّفْعةِ ، وبين دَفْعِ قِيمَةِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ فيَمْلِكُه مع الأرْضِ ، وبين قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، ويَضْمَنُ له ما نَقَصَ بالقَلْعِ . وبهذا قال الشَّعْبِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، / ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والشّافِعِىُّ ، والْبَتِّىُّ ، وسَوَّارٌ ، وإسحاقُ . وقال حَمّادُ بن أبى سليمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى : يُكَلَّفُ المُشْتَرِى القَلْعَ ، ولا شىءَ له ؛ لأنَّه بَنَى فيما اسْتَحَقَّ غيرُه أخْذَه ، فأشْبَهَ الغاصِبَ ، ولأنَّه بَنَى فى حَقِّ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو بانَتْ مُسْتَحَقَّةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »[4] . ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنهما إلَّا بذلك ، ولأنَّه بَنَى فى مِلْكِه الذى تَمَلَّكَ بَيْعَه ، فلم يُكَلَّفْ قَلْعَه مع الإضْرارِ ، كما لو لم يكُنْ مَشْفُوعًا . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه بَنَى فى مِلْكِ غيرِه ، ولأنَّه

٥/٤٣ظ

---

(١) فى ب : « قول » .

(٢) فى الأصل : « فعليه » .

(٣) فى الأصل : « مخير » .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٤٠ .

عِرْقٍ ظَالِمٌ ، وليس لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّه غيرُ ظَالِمٍ ، فيكونُ له حَقٌّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يُمْكِنُ إيجابُ قِيمَتِه مُسْتَحِقًّا للبَقَاءِ فى الأرْضِ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ ذلك ، ولا قِيمَتِه مَقْلُوعًا ؛ لأنَّه لو وَجَبَتْ قِيمَتُه مَقْلُوعًا لمَلَكَ قَلْعَه ، ولم يَضْمَنْ شيئا ، ولأنَّه قد يكونُ ممَّا لا قِيمَةَ له إذا قَلَعَه(٥) . ولم يَذْكُرْ أصْحابُنا كَيْفِيَّةَ وُجُوبِ القِيمَةِ ، فالظاهِرُ أنَّ الأرْضَ تُقَوَّمُ وفيها الغِرَاسُ(٦) والبِنَاءُ ، ثم تُقَوَّمُ خالِيةً منهما ، فيكونُ ما بينهما قِيمَةَ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، فيَدْفَعُه الشَّفِيعُ إلى المُشْتَرِى إن أحَبَّ ، أو ما نَقَصَ منه إن اخْتارَ القَلْعَ ؛ لأنَّ ذلك هو الذى زادَ بالغَرْسِ والبِنَاءِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقَوَّمَ الغَرْسُ والبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا للتَّرْكِ بالأُجْرَةِ ، أو لأخْذِه بالقِيمَةِ إذا امْتَنَعا من قَلْعِه ، فإن كان لِلْغَرْسِ وَقْتٌ يُقْلَعُ فيه فيكونُ له قِيمَةٌ ، وإن قُلِعَ قبلَه لم يكُنْ له قِيمَةٌ ، أو تكونُ قِيمَتُه قَلِيلةً ، فاخْتارَ الشَّفِيعُ قَلْعَه قبلَ وَقْتِه ، فله ذلك ؛ لأنَّه يَضْمَنُ النَّقْصَ فيَنْجَبِرُ به ضَرَرَ المُشْتَرِى ، سواءٌ كَثُرَ النَّقْصُ أو قَلَّ ، ويَعُودُ ضَرَرُ كَثْرَةِ النَّقْصِ على الشَّفِيعِ ، وقد رَضِىَ باحْتِمالِه . وإن غَرَسَ أو بَنَى مع الشَّفِيعِ أو وَكِيلِه فى المُشَاعِ ، ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، فالحُكْمُ فى أخْذِ نَصِيبِه من ذلك كالحُكْمِ فى أخْذِ جَمِيعِه بعدَ المُقَاسَمةِ .

فصل : وإن زَرَعَ فى الأرْضِ ، فلِلشَّفِيعِ الأخْذُ بالشُّفْعةِ ، ويَبْقَى زَرْعُ المُشْتَرِى إلى أوَانِ الحَصَادِ ؛ لأنَّ ضَرَرَه لا يَتَباقَى ، ولا أُجْرَةَ عليه ؛ لأنَّه زَرَعَه فى مِلْكِه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى الأرْضَ وفيها زَرْعٌ للبائِعِ ، فكان له مُبَقًّى إلى الحَصَادِ بلا أُجْرَةٍ ، كغيرِ المَشْفُوعِ . وإن كان فى الشَّجَرِ ثَمرٌ ظاهِرٌ ، أثْمَرَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فهو له مُبَقًّى إلى الجِذَاذِ ، كالزَّرْعِ .

فصل : وإذا نَمَا المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ نَماءً مُتَّصِلًا ، كالشَّجَرِ إذا كَثُرَ ، أو ثَمَرَةٍ غيرِ ظاهِرَة ، فإنَّ الشَّفِيعَ يأْخُذُه بزِيَادَتِه ؛ لأنَّ

---

(٥) فى ب : « قلع » .

(٦) فى الأصل : « الغرس » .

هذه زِيَادَةٌ غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ . فتَبِعَتِ الأَصْلَ[(٧)] ، كما لو رُدَّ بعَيْبٍ أو خِيَارٍ أو إقالَةٍ . فإن قيل : فلِمَ لا يَرْجِعُ الزَّوْجُ فى نِصْفِه / زائدًا (٨إذا طَلَّقَ٨) قبلَ الدُّخُولِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ على الرُّجُوعِ بالقِيمَةِ ، إذا فاتَه الرُّجُوعُ بالعَيْنِ[(٩)] ، وفى مَسْأَلَتِنا إذا لم يَرْجِعْ فى الشِّقْصِ ، سَقَطَ حَقُّه من الشُّفْعةِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الأَصْلِ لأَجْلِ ما حَدَثَ من البائِعِ ، وإذا أخَذَ الأَصْلَ تَبِعَهُ نماؤُه المُتَّصِلُ ، كما ذَكَرْنا فى الفُسُوخِ كلِّها . الحال الثانى ، أن تكونَ الزِّيادَةُ مُنْفَصِلةً ، كالغَلَّةِ ، والأُجْرةِ ، والطَّلْعِ المُؤَبَّرِ ، والثَّمرةِ الظاهِرَةِ ، فهى لِلمُشْتَرِى ، لا حَقَّ لِلشَّفِيعِ فيها ؛ لأنَّها حَدَثَتْ فى مِلْكِه ، وتكونُ لِلمُشْتَرِى مُبقَّاةً فى رُءُوسِ النَّخْلِ إلى الجِذَاذِ ؛ لأنَّ أخْذَ الشَّفِيعِ من المُشْتَرِى شِرَاءٌ ثانٍ ، فيكونُ حُكْمُه حُكْمَ ما لو اشْتَرَى برِضَاهُ ، فإن اشْتَرَاه وفيه طَلْعٌ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فأَبَّرَهُ ، ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، أخَذَ الأَصْلَ دون الثَّمَرَةِ ، ويأْخُذُ الأَرْضَ والنَّخِيلَ بحِصَّتِهِما من الثَّمَنِ ، كما لو كان المَبِيعُ شِقْصًا وسَيْفًا .

فصل : وإن تَلِفَ الشِّقْصُ أو بعضُه فى يَدِ المُشْتَرِى ، فهو من ضَمانِه ؛ لأنَّه مِلْكُه تَلِفَ فى يَدِه ، ثم إن أرادَ الشَّفِيعُ الأَخْذَ بعدَ تَلَفِ بعضِه ، أخَذَ المَوْجُودَ بحِصَّتِه من الثَّمنِ ، سواءٌ كان التَّلَفُ بفِعْلِ اللهِ تعالى أو بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، وسواءٌ تَلِفَ باخْتِيارِ المُشْتَرِى ، كنَقْضِه لِلبِنَاءِ ، أو بغيرِ اخْتِيارِه ، مثل أن انْهَدَمَ . ثم إن كانت الأَنْقاضُ[(١٠)] مَوْجُودةً أخَذَها مع العَرْصَةِ بالحِصَّةِ . وإن كانت مَعْدُومةً أخَذَ العَرْصةَ وما بَقِىَ من البِنَاءِ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ ابنِ القاسِمِ . وهذا قول الثَّوْرِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وأبى يوسفَ ، وقولٌ لِلشَّافِعِىِّ[(١١)] . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ : إن كان التَّلَفُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، كما ذَكَرْنا ، وإن كان بفِعْلِ اللهِ تعالى ، كانْهِدامِ البِنَاءِ بنَفْسِه ، أو حَرِيقٍ ، أو غَرَقٍ ، فليس للشَّفِيعِ أخْذُ الباقى إلَّا بكلِّ الثمَنِ ، أو يَتْرُكُ . وهذا قول أبى حنيفةَ ، وقولٌ للشَّافِعِىِّ[(١١)] ؛ لأنَّه متى كان النَّقْصُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، رَجَعَ بَدَلُه إلى المُشْتَرِى ، فلا

---

(٧) فى ب : « الأرض » .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) فى الأصل ، ب : « فى العين » .

(١٠) فى الأصل : « الأبعاض » .

(١١) فى ب ، م : « الشافعى » .

يَتَضَرَّرُ ، ومتى كان بغيرِ ذلك ، لم يَرْجِعْ إليه شىءٌ ، فيكونُ الأخْذُ منه إضْرَارًا به ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . ولَنا ، أنَّه تَعَذَّرَ على الشَّفِيعِ أخْذُ الجَمِيعِ ، وقَدَرَ على أخْذِ البعضِ ، فكان له بالحِصَّةِ من الثَّمنِ ، كما لو تَلِفَ بفِعْلِ آدَمِىٍّ سِوَاهُ ، أو كما لو كان له شَفِيعٌ آخَرُ ، أو نقولُ : أخَذَ بعضَ ما دَخَلَ معه فى العَقْدِ ، فأخَذَه بالحِصَّةِ ، كما لو كان معه سَيْفٌ . وأمَّا الضَّرَرُ فإنَّما حَصَلَ بالتَّلَفِ ، ولا صُنْعَ للشَّفِيعِ فيه ، والذى يأْخُذُه الشَّفِيعُ يُؤَدِّى ثمَنَه ، فلا يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِى بأخْذِه . وإنَّما قلنا : يَأْخُذُ الأنْقاضَ[12] وإن كانتْ مُنْفَصِلَةً ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَهُ للشُّفْعةِ كان حالَ عَقْدِ البَيْعِ ، وفى تلك الحالِ كان مُتَّصِلًا اتِّصالًا ليس مآلُه إلى الانْفِصالِ ، وانْفِصَالُه بعدَ ذلك لا يُسْقِطُ حَقَّ الشُّفْعةِ . / ويُفارِقُ الثَّمرَةَ غيرَ المُؤَبَّرةِ إذا تأَبَّرتْ ، فإنَّ مآلَها إلى الانْفِصالِ والظُّهُورِ ، فإذا ظَهَرتْ فقد انْفَصَلَتْ ، فلم تَدْخُلْ فى الشُّفْعةِ . وإن نَقَصتِ القِيمَةُ مع بَقاءِ صُورَةِ المَبِيعِ ، مثل أن انْشَقَّ الحائِطُ ، واسْتَهْدَمَ البِناءُ ، وشَعِثَ الشَّجَرُ ، وبارَتِ الأرْضُ ، فليس له إلَّا الأخْذُ بجَمِيعِ الثمَنِ أو التَّرْكُ ؛ لأنَّ هذه المعانى لا يُقَابِلُها الثَّمَنُ ، بخِلَافِ الأعْيانِ ، ولهذا قُلْنا : لو بَنَى المُشْتَرِى ، أعْطاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بِنَائِه ، ولو زادَ المَبِيعُ زِيادةً مُتَّصِلةً ، دَخَلَتْ فى الشُّفْعةِ .

٥/٤٤ ظ

٨٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الشِّرَاءُ وَقَعَ بِعَيْنٍ ، أو وَرِقٍ ، أعْطَاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَ ذٰلِكَ ، وَإِنْ كَانَ عَرْضًا ، أعْطَاهُ[1] قِيمَتَهُ)

وجملتُه أنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى[1] بالثَّمنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ؛ لما رُوِىَ فى حَدِيثِ جابِرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « هو أحَقُّ بالثَّمَنِ »[2] . رَوَاه أبو إسحاق

---

(١٢) فى الأصل : « الأبعاض » .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل ، ب : « به » . وانظر ما تقدم من التخريج فى صفحة ٤٣٥ .

الجُوزجَانِيُّ فى « كِتابِه » . ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما اسْتَحَقَّ الشِّقْصَ بالبَيْعِ ،فكان مُسْتَحِقًّا له بالثَّمنِ ، كالمُشْتَرِى . فإن قيل : إن الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ أخْذَه بغيرِ رِضَى مالِكِه ، فيَنْبَغِى أن يَأْخُذَه بقِيمَتِه ، كالمُضْطَرِّ يَأْخُذُ طَعامَ غيرِه . قُلْنا : المُضْطَرُّ اسْتَحَقَّ أخْذَه بِسَبَبِ حاجَةٍ خاصَّةٍ ، فكان المَرْجِعُ فى بَدَلِه إلى قِيمَتِه ، والشَّفِيعُ اسْتَحَقَّه لأجْلِ البَيْعِ ، ولهذا لو انْتَقَلَ بهِبَةٍ أو مِيراثٍ لم يَسْتَحِقَّ الشُّفْعةَ ، وإذا اسْتَحَقَّ ذلك بالبَيْعِ ، وَجَبَ أن يكونَ بالعِوَضِ الثابتِ بالبَيْعِ . إذا ثبت هذا ، فإنَّا نَنْظُرُ فى الثَّمنِ ، فإن كان دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ ، أعْطاهُ الشَّفِيعُ مثلَه ، وإن كان ممَّا لا مِثْلَ له كالثِّيابِ[3] والحَيَوانِ ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشِّقْصَ بقِيمَةِ الثمَنِ . وهذا قول أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وبه يقول أصْحابُ الرَّأْى ، والشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، وسَوَّارٍ ، أنَّ الشُّفْعةَ لا تَجِبُ هٰهُنا ؛ لأنَّها تَجِبُ بمِثْلِ الثمَنِ ، وهذا لا مِثْلَ له ، فتَعَذَّرَ الأخْذُ ، فلم يَجِبْ ، كما لو جُهِلَ الثَّمَنُ . ولَنا ، أنَّه أحدُ نَوْعَيِ الثَّمنِ ، فجازَ أن تَثْبُتَ به الشُّفْعةُ فى المَبِيعِ ، كالمِثْلِىِّ ، وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ يكونُ من طَرِيقِ الصُّورةِ ، ومن طَرِيقِ القِيمَةِ . كبَدَلِ المُتْلَفِ ، فأمَّا إن كان الثمنُ من المِثْلِيَّاتِ غيرِ الأثْمانِ ، كالحُبُوبِ والأدْهانِ ، فقال أصْحابُنا : يَأْخُذُه الشَّفِيعُ بمِثْلِه ؛ لأنَّه من ذَواتِ الأمْثالِ ، فهو كالأثْمانِ . وبه يقول أصْحابُ الرَّأْى ، وأصْحابُ الشّافِعِىِّ ؛ ولأنَّ هذا مِثْلٌ من طَرِيقِ الصُّورَةِ والقِيمَةِ ، فكان أوْلَى من المُمَاثِلِ فى إحْداهما ، ولأنَّ الواجِبَ بَدَلُ الثَّمنِ ، فكان مِثْلَه ، كبَدَلِ القَرْضِ[4] والمُتْلَفِ .

فصل : ويَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بالثَّمنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فلو تَبايَعا بِقَدْرٍ ، ثم غيَّراهُ فى زَمنِ الخِيارِ بزِيادةٍ أو نَقْصٍ ، ثَبَتَ ذلك التَّغْيِيرُ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ حَقَّ / الشَّفِيعِ إنَّما يَثْبُتُ إذا تَمَّ العَقْدُ ، وإنَّما يُسْتَحَقُّ بالثَّمنِ الذى هو ثابتٌ حالَ اسْتِحْقاقِه ، ٥/٤٥و

---

(٣) فى ب : « كالنبات » .

(٤) فى ب : « العوض » .

ولأنَّ زَمَنَ[٥] الخِيَارِ بمَنْزِلةِ حالـةِ العَقْـدِ ، والتَّغْيِيـرُ يَلْحَـقُ بالعَقْـدِ فيـه ؛ لأنَّهمـا على اخْتِيارِهما فيه ، كما لو كان فى حالِ العَقْدِ . فأمَّا إذا انْقَضَى الخِيَارُ ، وانْبَرَمَ العَقْدُ ، فَزادَا أو نَقصَا ، لم يَلْحَقْ بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ بعده[٦] هِبَةٌ يُعْتَبَرُ لها[٧] شُرُوطُ الهِبَةِ ، والنَّقْصُ إبْراءٌ مُبْتَدأٌ ، ولا يَثْبُتُ ذلك فى حَقِّ الشَّفِيعِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَثْبُتُ النَّقْصُ فى حَقِّ الشَّفِيعِ دون الزِّيادةِ ، وإن كانا عنده مُلْحَقانِ[٨] بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ تَضُرُّ الشَّفِيعَ ، فلم يَمْلِكْها[٩] ، بخِلَافِ النَّقْصِ ، وقال مالكٌ : إن بَقِىَ ما يكونُ ثَمَنًا أخَذَ به ، وإن حَطَّ الأكْثَر أخَذَه بجَمِيعِ الثمَنِ الأوَّل . ولَنا ، أنَّ ذلك يُعْتَبَرُ بعد اسْتِقْرارِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتْ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ، كالزِّيادةِ ، ولأنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الأخْذَ بالثَّمنِ الأوَّلِ قبلَ التَّغْيِيرِ ، فلم يُؤَثِّرِ التَّغْيِيرُ بعدَ ذلك فيه ، كالزِّيادةِ . وما ذَكَرُوه من العُذْرِ[١٠] غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ ذلك لو لَحِقَ العَقْدَ لَزِمَ الشَّفِيعَ ، وإن أضَرَّ به ، كالزِّيادةِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، ولأنَّه حَطٌّ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ حَطَّ الجَمِيعِ أو الأكْثَرِ عندَ مالِكٍ .

فصل : وإن كان الثَّمنُ ممَّا تَجِبُ قِيمَتُه ، فإنَّهـا تُعْتَبَرُ وقتَ البَيْعِ ؛ لأنَّه وَقْتُ الاسْتِحْقاقِ ، ولا اعْتِبارَ بعدَ ذلك بالزِّيادةِ والنَّقْصِ . وإن كان فيه خِيَارٌ ، اعْتُبِرَتِ القِيمَةُ[١١] حين انْقِضاءِ الخِيَارِ واسْتِقْرَارِ العَقْدِ ؛ لأنَّه حين اسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وحُكِيَ عن مالِكٍ أنَّه يأْخُذُه بقِيمَتِه يومَ المُحَاكَمةِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ وقتَ الاسْتِحْقاقِ وقتُ العَقْدِ ، وما زادَ بعدَ ذلك حَصَلَ فى مِلْكِ البائعِ ، فلا يقوم لِلمُشْتَرِى ، وما نَقَصَ فمِن مالِ البائعِ ، فلا يَنْقُصُ به حَقُّ المُشْتَرِى .

---

(٥) فى ب : « نص » .
(٦) فى ب : « بعد ذلك » .
(٧) فى الأصل ، م : « لهما » .
(٨) فى ب ، م : « يلحقان » .
(٩) فى ب : « يملكاها » .
(١٠) فى الأصل : « العقد » .
(١١) فى ب زيادة : « فيه » .

فصل : وإذا كان الثَّمنُ مُؤَجَّلًا ، أخَذه الشَّفِيعُ بذلك الأَجَلِ ، إن كان مَلِيئًا ، وإلَّا أقامَ ضَمِينًا مَلِيئًا وأخذ . وبه قال مالكٌ ، وعبدُ الملكِ ، وإسحاقُ . وقال الثَّوْرِيُّ : لا يَأْخُذُها إلَّا [12] بالنَّقْدِ حالًّا [12] . وقال أبو حنيفةَ : لا يَأْخُذُها إلَّا بِثَمَنٍ حالٍّ ، أو يَنْتَظِرُ مُضِيَّ الأَجَلِ ثم يَأْخُذُ . وعن الشَّافِعِيِّ كمَذْهَبِنا [13] لأنَّه [14] يُمْكِنُه الأخْذُ [15] بالمُؤَجَّلِ ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى أن يُلْزَمَ المُشْتَرِى قَبُولَ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، والذِّمَمُ لا تَتماثَلُ ، وإنَّما يَأْخُذُ بمِثْلِه ، ولا يَلْزَمُه أن يَأْخُذَ بمِثْلِه حالًّا ، لِئَلَّا يَلْزَمُه أكْثَرُ ممَّا يَلْزَمُ المُشْتَرِى ، [16] ولا بمِثْلِ الثمنِ [16] إلى [17] الأَجَلِ ؛ لأنَّه إنَّما يَأْخُذُه بمِثْلِ الثَّمنِ أو القِيمَة ، والسِّلْعَةُ ليستْ واحدَةً منهما ، فلم يَبْقَ إلَّا التَّخْيِيرُ . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ تابعٌ لِلمُشْتَرِى فى قَدْرِ الثَّمنِ وصِفَتِه ، والتَّأْجِيلُ من صِفَاتِه ، ولأنَّ فى الحُلُولِ / زِيادَةً على التَّأْجِيلِ ، فلم يَلْزَمِ الشَّفِيعَ ، كَزِيادةِ القَدْرِ . وما ذَكَرُوه من اخْتِلَافِ الذِّمَمِ ، فإنَّنا [17] لا نُوجِبُها حتى تُوجَدَ المَلاءةُ فى الشَّفِيعِ ، أو فى ضَمِينِه ، بحيثُ يَنْحَفِظُ المالُ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُهما فيما وراءَ ذلك ، كما لو اشْتَرَى الشِّقْصَ بسِلْعةٍ وَجَبَتْ قِيمَتُها ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُهما . ومتى أخَذَه الشَّفِيعُ بالأَجَلِ ، فماتَ الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِى ، وقُلْنا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما دُونَ صاحِبِه ؛ لأنَّ سَبَبَ حُلُولِه الموتُ ، فاخْتَصَّ بمَن وُجِدَ فى حَقِّه .

٤٥ ظ

فصل : وإذا باعَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ومعه ما لا شُفْعَةَ فيه ، كالسَّيْفِ والثَّوْبِ فى عَقْدٍ واحِدٍ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ فى الشِّقْصِ بحِصَّتِه من الثَّمنِ دونَ ما معه ، فيُقَوَّمُ كلُّ واحِدٍ منهما ، ويُقَسَّمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما ، فما يَخُصُّ الشِّقْصَ يَأْخُذُه الشَّفِيعُ . وبهذا قال

(١٢ – ١٢) فى ب : « باليد وحالا » .

(١٣) فى م : « كمذهب أبى حنيفة » .

(١٤) فى ب زيادة : « لا » .

(١٥) فى ب : « أخذه » .

(١٦ – ١٦) فى ب : « فلا يلزمه » . وفى م : « ولا بسلعة الثمن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعةُ ، لئَلَّا تَتَبَعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى ، وفى ذلك إضْرارٌ به ، فأَشْبَهَ ما لو أرادَ الشَّفِيعُ أخْذَ بعضِ الشِّقْصِ . وقال مالكٌ : تَثْبُتُ الشُّفْعةُ فيهما ؛ لذلك . ولَنا ، أنَّ السَّيْفَ لا شُفْعةَ فيه ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعةُ ، فلم يُؤْخَذْ بالشُّفْعةِ ، كما لو أفْرَدَه ، وما يَلْحَقُ المُشْتَرِى من الضَّرَرِ فهو أَلْحَقَهُ بِنَفْسِه ، بجَمْعِه فى العَقْدِ بين ما تَثْبُتُ فيه الشُّفْعةُ وما لا تَثْبُتُ ، ولأنَّ فى أخْذِ الكلِّ ضَرَرًا بالمُشْتَرِى أيضا ؛ لأنَّه ربَّما كان غَرَضُه فى إبْقاءِ السَّيْفِ له ، ففى أخْذِه منه إضْرارٌ به من غيرِ سَبَبٍ يَقْتَضِيه .

فصل : وإذا باع شِقْصَيْنِ من أرْضَيْنِ ، صَفْقَةً واحِدةً ، لِرَجُلٍ واحِدٍ ، والشَّرِيكُ فى أحَدِهما غيرُ الشَّرِيكِ فى الآخَرِ ، فلهما أن يَأْخُذَا ويَقْتَسِما الثمنَ على قَدْرِ القِيمَتَيْنِ . وإن أخَذَ أحَدُهما دُونَ الآخَرِ ، جازَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ[18] الذى فى شَرِكَتِه بحِصَّتِه من الثَّمنِ . ويَتَخَرَّجُ أنَّه لا شُفْعةَ له ، كالمَسْأَلةِ التى[18] قَبْلَها . وليس له أخْذُهما معًا ؛ لأنَّ أحَدَهما لا شَرِكَةَ له[18] فيه ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعةُ ، فجرَى مَجْرَى الشِّقْصِ والسَّيْفِ . وإن كان الشَّرِيكُ فيهما واحدًا ، فله أخْذُهما وتَرْكُهما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما . وإن أحَبَّ أخْذَ أحَدِهما دون الآخَرِ ، فله ذلك . وهذا مَنْصُوصُ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك ، ومتى اخْتارَهُ سَقَطَتِ الشُّفْعةُ فيهما ؛ لأنَّه أمْكَنَه أخْذُ[19] المَبِيعِ كلِّه ، فلم يَمْلِكْ أخْذَ[19] بعضِه ، كما لو كان شِقْصًا واحدًا . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ، وبعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّه يَسْتَحِقُّ كلَّ واحِدٍ منهما بِسَبَبٍ غيرِ الآخَرِ ، فجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ ، ولأنَّه لو جَرَى مَجْرَى الشِّقْصِ الواحِدِ لوَجَبَ – إذا كانا شَرِيكَيْنِ / فتَرَكَ أحَدُهما شُفْعَتَه – أن يكونَ للآخَرِ أخْذُ الكُلِّ ، والأمْرُ بخِلَافِه . ٥/٤٦ و

فصل : ولا يَأْخُذُ بالشُّفْعةِ مَن لا يَقْدِرُ على الثَّمنِ ؛ لأنَّ فى أخْذِه بدون دَفْعِ الثمنِ

---

(١٨) سقط من : ب .

(١٩ – ١٩) سقط من الأصل . نقلة نظر .

إضْرَارًا بالمُشْتَرِى ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . فإن أحْضَرَ رَهْنًا أو ضَمِينًا ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ قَبُولُه ؛ لأنَّ فى تأْخِيرِ الثمنِ ضَرَرًا ، فلم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ذلك ، كما لو أرادَ تأْخِيرَ ثمَنٍ حالٍّ . فإن بَذَلَ عِوَضًا عن الثمنِ لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّها مُعاوَضةٌ ؛ ولم يُجْبَرْ عليها[٢٠] . وإذا أخَذَ بالشُّفْعةِ ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ تَسْلِيمُ الشِّقْصِ حتى يَقْبِضَ الثمنَ ، فإن كان مَوْجُودًا سَلَّمَهُ ، وإن تَعَذَّرَ فى الحالِ ، فقال[٢١] أحمدُ ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ : يُنْظَرُ الشَّفِيعُ يومًا أو يَوْمَيْنِ ، بِقَدْرِ ما يَرَى الحاكِمُ ، وإذا كان أكْثَرَ فلا . وهذا قولُ مالكٍ . وقال ابن شُبْرُمةَ ، وأصحابُ الشّافِعِىِّ : يُنْظَرُ ثلاثًا ؛ لأنَّها آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ، فإن أحْضَرَ الثَّمنَ ، وإلَّا فَسَخَ عليه . وقال أبو حنيفةَ ، وأصْحابُه : لا يَأْخُذُ بالشُّفْعةِ ، ولا يَقْضِى القاضِى بها حتى يُحْضِرَ الثمنَ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى ، فلا يَسْتَحِقُّ ذلك إلَّا بإحْضارِ[٢٢] عِوَضِه ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ . ولَنا ، أنَّه تَمَلُّكٌ لِلْمَبِيعِ[٢٣] بِعِوَضٍ ، فلا يَقِفُ على إحْضارِ العِوَضِ ، كالبَيْعِ ، وأمَّا التَّسْلِيمُ فى البَيْعِ ، فالتَّسْلِيمُ فى الشُّفْعةِ مثلُه ، وكونُ[٢٤] الأخذِ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى يَدُلُّ على قُوَّتِه ، فلا يَمْنَعُ من اعْتِبارِه فى الصِّحَّةِ ، فإذا أجَّلْناهُ مُدَّةً ، فأحْضَرَ الثمنَ فيها ، وإلَّا فسَخَ الحاكِمُ الأخْذَ وردَّه إلى المُشْتَرِى . وهكذا لو هَرَبَ الشَّفِيعُ بعدَ الأخْذِ . والأوْلَى أنَّ لِلْمُشْتَرِى الفَسْخَ من غيرِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه فاتَ شَرْطُ الأخذِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ على البائِعِ الوُصُولُ إلى الثَّمنِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كغيرِ مَن أُخِذَتِ الشُّفْعةُ منه ، وكما لو أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، ولأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعةِ لا يَقِفُ على حُكْمِ الحاكِمِ ، فلا يَقِفُ فَسْخُ الأخْذِ بها على الحاكِمِ ، كفَسْخِ غيرِها من البُيُوعِ ، وكالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّ وَقْفَ ذلك على الحاكِمِ يُفْضِى إلى الضَّرَرِ بالمُشْتَرِى ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ عليه إثْباتُ ما يَدَّعِيه ، وقد يَصْعُبُ عليه حُضُورُ مَجْلِسِ الحاكِمِ لِبُعْدِه ، أو

---

(٢٠) فى ب : « على قبولها » .

(٢١) فى ب ، م : « قال » .

(٢٢) فى الأصل ، م : « لإحضار » .

(٢٣) فى الأصل : « المبيع » .

(٢٤) فى الأصل : « ويكون » .

غيرِ ذلك ، فلا يُشْرَعُ فيها[25] ما يُفضِى إلى الضَّرَرِ ، ولأنَّه لو وَقَفَ الأمْرُ على الحاكِمِ ، لم يَمْلِكِ الأخْذَ إلَّا بعدَ إحْضارِ الثمنِ ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى هذا الضَّرَرِ . وإن أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بين الفَسْخِ وبين أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بالثَّمنِ ، كالبائِعِ إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى .

فصل : [26]لا يَحِلُّ[26] الاحْتِيالُ لإسْقاطِ الشُّفْعةِ ، وإن فَعَلَ لم تَسْقُطْ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، وقد سَأَلَه[27] عن الحِيلَةِ فى إبْطالِ الشُّفْعةِ ، فقال : لا / يجوزُ شيءٌ من الحِيَلِ فى ذلك ، ولا فى إبْطالِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وبهذا قال أبو أيُّوبَ ، وأبو خَيْثَمةَ ، وابنُ أبى شَيْبةَ ، وأبو إسحاقَ الجُوزَجَانِيُّ . وقال عبدُ الله بن عمرَ : من يَخْدَعِ اللهَ يَخْدَعْهُ . وقال أيُّوبُ السَّخْتِيانِيُّ : إنَّهم لَيُخادِعُونَ اللهَ كما يُخَادِعُونَ صَبِيًّا ، لو كانوا يَأْتُونَ الأمْرَ على وَجْهِه ، كان أسْهَلَ عَلَيَّ . ومعنى الحِيلَةِ أن يُظْهِرُوا فى البَيْعِ شيئًا لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعةِ معه ، ويَتَواطَئُونَ فى الباطِنِ على خِلَافِه ، مثل أن يَشْتَرِىَ شِقْصًا يُساوِى عَشَرَةَ دَنانِيرَ بألْفِ دِرْهَمٍ ، ثم يَقْضِيه عنها عَشَرَةَ دَنانِيرَ ، أو يَشْتَرِيه بمائةِ دِينارٍ ، ويَقْضِيه عنها مائةَ دِرْهَمٍ ، أو يَشْتَرِى البائِعُ من المُشْتَرِى عَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ بألْفٍ فى ذِمَّتِه ، ثم يَبِيعُه الشِّقْصَ بالألْفِ ، أو يَشْتَرِى شِقْصًا بألْفٍ ، ثم يُبْرِئُه البائِعُ من تِسْعمائةٍ ، أو يَشْتَرِى جُزْءًا من الشِّقْصِ بمائةٍ ، ثم يَهَبُ له البائِعُ باقِيَه ، أو يَهَبُ الشِّقْصَ لِلْمُشْتَرِى ، ويَهَبُ المُشْتَرِى له الثمنَ ، أو يُعْقَدُ البَيْعُ بثَمَنٍ مَجْهُولِ المِقْدارِ ، كحَفْنةِ قُراضَةٍ ، أو جَوْهَرَةٍ مُعَيَّنةٍ ، أو سِلْعَةٍ مُعَيَّنةٍ[28] غيرِ مَوْصُوفةٍ ، أو بمائةِ دِرْهَمٍ ولُؤْلُؤةٍ[29] ، وأشْباهِ هذا . فهذا

ه ٤٦/٥ ظ

---

(٢٥) فى الأصل : « فيهما » .

(٢٦-٢٦) فى الأصل : « ولا يصح » .

(٢٧) فى ب ، م : « سألته » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) فى الأصل : « ولؤلؤ » .

كلُّه إذا وَقَعَ من غيرِ تَحَيُّلٍ[٣٠] سَقَطَتِ الشُّفْعةُ . وإن تَحَيَّلَا به[٣١] على إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، لم تَسْقُطْ ، ويأْخُذُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ فى الصُّورةِ[٣٢] الأُولَى بعَشَرَةِ دَنَانِيرَ أو قِيمَتِها من الدَّرَاهِم . وفى الثانيةِ بمائةِ دِرْهَمٍ أو قِيمَتِها ذَهَبًا[٣٣] . وفى الثالثة بقِيمَةِ العَبْدِ المَبِيعِ . وفى الرابعة بالباقِى بعد الإِبْراءِ ، وهو المائة المَقْبُوضَة . وفى الخامسةِ يَأْخُذُ الجُزْءَ المَبِيعَ من الشِّقْصِ بقِسْطِه من الثَّمنِ ، ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ كلَّه بجَمِيعِ الثمنِ ؛ لأنَّه إنَّما وَهَبَهُ بَقِيَّةَ[٣١] الشِّقْصِ عِوَضًا عن الثَّمنِ الذى اشْتَرَى به جُزْءًا من الشِّقْصِ . وفى السادِسَةِ يأْخُذُ بالثَّمنِ[٣٤] المَوْهُوبِ . وفى سائرِ الصُّوَرِ المَجْهُولِ[٣٥] ثَمَنُها يَأْخُذُه بمثل الثمنِ ، أو بقِيمَتِه إن لم يكُنْ مِثْلِيًّا[٣٦] ، إذا كان الثَّمنُ مَوْجُودًا ، وإن لم يُوجَدْ عَيْنُه ، دَفَعَ إليه قِيمَةَ الشِّقْصِ ؛ لأنَّ الأَغْلَبَ وُقُوعُ العَقْدِ على الأشْياءِ بقِيمَتِها . وقال أصْحابُ الرَّأْى ، والشَّافِعِىُّ ، يجوزُ ذلك كلُّه ، وتَسْقُطُ به الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ بما وَقَعَ البَيْعُ به ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم يكُنْ حِيلَةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، ولَا[٣٧] يَأْمَنْ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وإنْ[٣٨] أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ وغيرُه[٣٩] ، فجَعَلَ إدْخالَ الفَرَسِ المُحَلِّلِ قِمَارًا ، فى المَوْضِعِ الذى

---

(٣٠) فى الأصل : « تحييل » .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى الأصل : « الشفعة » .

(٣٣) فى ب : « من الذهب » .

(٣٤) فى الأصل : « الثمن » .

(٣٥) فى الأصل : « بالمجهول » .

(٣٦) فى ب ، م : « مثلها » .

(٣٧) فى ب ، م : « ولم » وفى سنن أبى داود : « وهو لا يُؤْمَن » .

(٣٨) فى : « ومن » .

(٣٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٢٨ ، ٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٥٠٥ . وهذا لفظ ابن ماجه .

يَقصِدُ به إباحَةَ إخْرَاجِ كلِّ واحِدٍ من المُتسابِقينِ جَعْلًا / ، مع عَدَمِ مَعْنَى المُحَلِّلِ فيه ، ٥ /٤٧و وهو كونُه بحالٍ يَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَ سَبْقَيْهِما ، وهذا يَدُلُّ على إبْطالِ كل حِيلَةٍ لم يُقْصَدْ بها إلّا إباحَةُ المُحَرَّمِ . مع عَدَمِ المَعْنَى فيها . واسْتَدَلَّ أصْحابُنا بما رَوَى أبو هُرَيْرَة ، رَضِىَ الله عنه ، عن النبىِّ ﷺ ، أنّه قال : « لا تَرْكَبُوا ما ارْتَكَبَتِ اليَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللهِ بأدْنَى الْحِيَلِ »[٤٠] . وقال النبىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ ، إنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِم شُحُومَها[٤١] جَمَلُوهُ ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٤٢] . ولأنَّ اللهَ تعالى ذَمَّ المُخادِعِينَ له بقولِه تعالى : ﴿ يُخَـٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾[٤٣] . والحِيَلُ مُخادَعَةٌ ، وقد مَسَخَ اللهُ تعالى الذين اعْتَدَوْا فى السَّبْتِ قِرَدَةً بحِيلَتِهِم ، فإنه رُوِى أنّهم كانوا يَنْصِبُونَ شِبَاكَهُم يوم الجُمُعَةِ ، ومنهم من يَحْفِرُ جِبَابًا ، ويُرْسِلُ الماءَ إليها يومَ الجُمُعَةِ ، فإذا جاءتِ[٤٤] الحِيتانُ يوم السَّبْتِ ، وَقَعَتْ فى الشِّبَاكِ والجِبَابِ ، فيَدَعُونَها إلى لَيْلَةِ الأَحَدِ ، فيَأْخُذُونَها ، ويقولون : ما اصْطَدْنَا يوم السَّبْتِ شَيْئًا ، فمَسَخَهُم اللهُ تعالى بحِيَلِهِم[٤٥] . وقال تعالى : ﴿ فَجَعَلْنَـٰهَا نَكَـٰلًا لِّمَا

---

(٤٠) ذكره الحافظ ابن كثير فى تفسير سورة الأعراف آية ١٦٣ . تفسير ابن كثير ٣ / ٤٩٢ . وانظر إرواء الغليل ٥ / ٣٧٥ .

(٤١) فى الأصل : « الشحوم » .

(٤٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٢١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب قوله وعلى الذين هادوا حرمنا .... ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣ / ١٠٧ ، ٦ / ٧٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب النهى عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب التجارة فى الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ ، ١١٢٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن الخمر وشرائها ، من كتاب الأشربة . سنن الدارمى ٢ / ١١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٩٣ ، ٣٢٢ ، ٢ / ١١٧ ، ٣٦٢ ، ٣ / ٣٧٠ ، ٤ / ٢٢٧ .

(٤٣) سورة البقرة ٩ .

(٤٤) فى الأصل : « كان » .

(٤٥) فى ب ، م : « بحيلتهم » .

بَيْنَ يَدَيْها وَمَا خَلْفَهَا ومَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ﴾[٤٦] . قيل : يَعْنِى به أُمَّةَ محمدٍ ﷺ . أى لِتَتَّعِظَ بذلك أُمَّةُ محمدٍ ﷺ ، فيَجْتَنِبُوا مثلَ ما فَعَلَ المُعْتَدُونَ . ولأنَّ الحِيلَةَ خَدِيعَةٌ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لا تَحِلُّ الخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ »[٤٧] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، فلو سَقَطَتْ بالتَّحَيُّلِ ، لَلَحِقَ الضَّرَرُ ، فلم تَسْقُطْ ، كما لو أسْقَطَها المُشْتَرِى[٤٨] بالبَيْعِ والوَقْفِ . وفارَقَ ما لم يُقْصَدْ به التَّحَيُّلُ ، لأنَّه لا خِدَاعَ فيه ، ولا قُصِدَ به إبْطَالُ حَقٍّ ، والأعْمالُ بالنِّيَّاتِ . فإن اخْتَلَفَا هل وَقَعَ شىءٌ من هذا حِيلَةً ، أو لا ؟ فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بِنِيَّتِه وحالِهِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الغَرَرَ فى الصُّورَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ على المُشْتَرِى ؛ لِشِرَائِه ما يُسَاوِى عَشَرَةً بمائةٍ ، وما يُسَاوِى مائةَ دِرْهَمٍ بمائةِ دِينَارٍ ، وأشْهَدَ على نَفْسِه أنَّ عليه أَلْفًا ، فربَّما طَالَبَه بذلك ، فلَزِمَه[٤٩] ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ . وفى الثالثةِ الغَرَرُ[٥٠] على البائعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِى مائةً بأَلْفٍ . وفى الرابعةِ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى شِقْصًا قِيمَتُه مائةٌ بأَلْفٍ . وكذلك فى الخامسةِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى بعضَ الشِّقْصِ بثَمَنِ جَمِيعِه . وفى السادسةِ على البادِئِ منهما بالهِبَةِ ؛ لأنَّه قد لا يَهَبُ له الآخَرُ شَيْئًا ، فإن خَالَفَ أحَدُهما ما[٥١] تَوَاطَآ عليه ، فطَالَبَ صاحِبَه بما أظْهَرَاه[٥٢] ، لَزِمَه / ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ ؛ لأنَّه عَقَدَ البَيْعَ مع صاحِبِه بذلك مُخْتارًا ، فأمَّا فيما بينه وبين اللهِ تعالى ، فلا يَحِلُّ لمن غَرَّ صاحِبَه الأخْذُ بخِلَافِ ما تَوَاطَآ عليه ؛ لأنَّ صاحِبَه إنَّما رَضِىَ بالعَقْدِ لِلتَّوَاطُؤِ ، فمع فَوَاتِه لا يَتَحَقَّقُ الرِّضَى به .

٥/٤٧ظ

---

(٤٦) سورة البقرة ٦٦ .

(٤٧) انظر ما تقدم فى : ٦ / ٢١٦ .

(٤٨) فى ب زيادة : « عنه » .

(٤٩) فى م : « فلزمته » .

(٥٠) فى الأصل ، ب : « الضرر » .

(٥١) فى م زيادة : « لو » .

(٥٢) فى الأصل : « أظهر له » .

٨٧٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى (١مَعَ يَمِينِهِ١) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ)

وجُمْلَتُه أنَّ الشَّفِيعَ والمُشْتَرِىَ إذا اخْتَلَفَا فى الثمنِ ، فقال المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بمائةٍ . فقال الشَّفِيعُ : بل بخَمْسِينَ . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه العاقِدُ ، فهو أعْرَفُ بالثَّمَنِ ، ولأنَّ الشِّقْصَ مِلْكُه ، فلا يُنْزَعُ (٢من يَدِه٢) بالدَّعْوَى بغيرِ بَيِّنةٍ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . فإن قيل : فهَلَّا قُلْتُم(٣) : القولُ قولُ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ومُنْكِرٌ لِلزِّيادةِ ، فهو كالغاصِبِ والمُتْلِفِ والضّامِنِ لِنَصِيبِ شَرِيكِه إذا أُعْتِقَ ؟ قُلْنا : الشَّفِيعُ ليس بغارِمٍ ؛ لأنَّه لا شىءَ عليه ، وإنما يُرِيدُ أن يَمْلِكَ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، بخِلَافِ الغاصِبِ والمُتْلِفِ والمُعْتِقِ . فأمَّا إن كان للشَّفِيعِ بَيِّنةٌ ، حُكِمَ بها ، وكذلك إن كان لِلمُشْتَرِى بَيِّنةٌ ، حُكِمَ بها ، واسْتُغْنِىَ عن يَمِينِه ، ويَثْبُتُ ذلك بِشاهِدٍ ويَمِينٍ ، وشَهادَةِ رَجُلٍ وامْرأَتَيْنِ ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ البائِعِ ؛ لأنَّه إذا شَهِدَ للشَّفِيعِ كان مُتَّهما ، لأنَّه يَطْلُبُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ خَوْفًا من الدَّرَكِ عليه . وإن أقامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً ، احْتَمَلَ تَعارُضَهُما ؛ لأنَّهما يَتَنازَعانِ فيما وَقَعَ عليه العَقْدُ ، فيَصِيرَانِ كمن لا بَيِّنَةَ لهما . وذَكَرَ الشَّرِيفُ أنَّ البَيِّنَةَ بَيِّنةُ الشَّفِيعِ . ويَقْتَضِيه مَذْهَبُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الخارِجِ عندَه مُقَدَّمَةٌ على بَيِّنةِ الدّاخِلِ ، والشَّفِيعُ هو الخارِجُ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال صاحِباه : البَيِّنةُ بَيِّنةُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّها تَتَرجَّحُ بقولِ المُشْتَرِى ، فإنَّه مُقَدَّمٌ على قولِ الشَّفِيعِ ، ويُخالِفُ الخارِجَ والدَّاخِلَ ؛ لأنَّ بَيِّنةَ الدّاخِلِ يجوزُ أن تكونَ مُسْتَنِدَةً إلى يَدِه ، وفى مَسْأَلَتِنا البَيِّنةُ تَشْهَدُ على نَفْسِ العَقْدِ ، كشَهادةِ بَيِّنةِ الشَّفِيعِ . ولَنا ، أنَّهما بَيِّنَتانِ تَعارَضَتا ، فقُدِّمَتْ بَيِّنةُ مَن لا يُقْبَلُ قولُه عندَ عَدَمِها ، كالدّاخِلِ والخارِجِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْرَعَ بينهما ؛ لأنَّهما يَتَنازَعانِ فى العَقْدِ ، ولا يَدَ لهما عليه ، فصَارَا كالمُتَنازِعَيْنِ عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، م .
(٢ - ٢) فى الأصل ، ب : « منه » .
(٣) فى الأصل زيادة : « إن » .

فصل : وإن قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ مَبْلَغَ الثَّمَنِ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ ما يَدَّعِيه مُمْكِنٌ ، لِجَوازِ أن يكونَ اشْتَراهُ جُزَافًا[٤] ، أو بِثَمَنٍ نَسِيَ مَبْلَغَه ، ويَحْلِفُ ، فإذا حَلَفَ سَقَطَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّها لا تُسْتَحَقُّ بغير بَذْلٍ ، ولا يُمْكِنُ أن يَدْفَعَ إليه ما لا يَدَّعِيه . فإن ادَّعَى / أنَّكَ فَعَلْتَ ذلك تَحَيُّلًا على إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، فعليه اليَمِينُ على نَفْيِ ذلك . ٤٨/٩ و

فصل : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بِعَرْضٍ ، واخْتَلَفَا فى قِيمَتِه ، فإن كان مَوْجُودًا عَرَضَاهُ على المُقَوِّمِينَ ، وإن تَعَذَّرَ إحْضَارُه[٥] ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الثَّمنِ . وإن ادَّعَى جَهْلَ قِيمَتِه ، فهو على ما ذَكَرْنا فيما إذا ادَّعَى جَهْلَ ثَمَنِه . وإن اخْتَلَفَا فى الغِرَاسِ والبِنَاءِ فى الشِّقْصِ ، فقال المُشْتَرِى[٦] : أنا أحْدَثْتُه[٧] . وأنْكَرَ الشَّفِيعُ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، لأنَّه مِلْكُه ، والشَّفِيعُ يُرِيدُ تَمَلُّكَه عليه ، [٨]فكان القَوْلُ[٨] قولَ المالِكِ .

فصل : إذا ادَّعَى الشَّفِيعُ على بعضِ الشُّرَكاءِ أنَّكَ اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ[٩] ، فلى أخْذُه بالشُّفْعةِ ، فإنَّه يَحْتَاجُ إلى تَحْرِيرِ دَعْوَاه ، فيُحَدِّدُ المَكَان الذى فيه الشِّقْصُ ، ويَذْكُرُ قَدْرَ الشِّقْصِ والثَّمنَ ، ويَدَّعِى الشُّفْعَةَ فيه ، فإذا فَعَلَ ذلك ، سُئِلَ المُدَّعَى عليه ، فإن أقَرَّ ، لَزِمَهُ ، وإن أنْكَرَ ، وقال : إنَّما اتَّهَبْتُه أو وَرِثْتُه ، فلا شُفْعَةَ لك فيه . فالقولُ قولُ مَن يَنْفِيه ، كما لو ادَّعَى عليه نَصِيبَه من غيرِ شُفْعَةٍ ، فإن حَلَفَ بَرِىءَ ، وإن نَكَلَ قُضِيَ عليه . وإن قال : لا تَسْتَحِقُّ علَىَّ شُفْعةً . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويكونُ يَمِينُه على حَسَبِ قولِه فى الإنْكارِ . وإذا نَكَلَ ، وقُضِيَ عليه بالشُّفْعةِ ، عَرَضَ عليه الثَّمنَ . فإن

---

(٤) فى الأصل زيادة : « له » .

(٥) فى الأصل : « اختياره » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) فى ب ، م : « حدثته » .

(٨ – ٨) فى م : « فالقول » .

(٩) فى الأصل : « نصيبه » .

أخذَه دفَعَ إليه ، وإن قال : لا أستَحِقُّه . ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُقَرُّ فى يَدِ الشَّفِيعِ إلى أن يَدَّعِيَهُ المُشْتَرِى ، فيُدْفَعَ إليه ، كما لو أقَرَّ له بِدارٍ فأنْكَرَها . والثانى : أن[10] يأْخُذَه الحاكِمُ ، فيَحْفَظَه لِصاحِبِه إلى أن يَدَّعِيَهُ المُشْتَرِى ، ومتى ادَّعاهُ دُفِعَ إليه . والثالث ، يُقال له : إمَّا أن تَقْبِضَه ، وإمَّا أن تُبْرِئَ منه ، كسَيِّدِ المُكاتَبِ إذا جاءَهُ المُكاتَبُ بمالِ المُكاتَبَةِ[11] ، فادَّعَى أنَّه حَرامٌ . اخْتارَ هذا القاضى . وهذا[12] مُفارِقٌ للمُكاتَبِ ؛ لأنَّ سَيِّدَه يُطالِبُه بالوَفاءِ من غيرِ هذا الذى أتاهُ به ، فلا يَلْزَمُه ذلك بمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِه تَحْرِيمَ ما أتاه به ، وهذا لا يُطالِبُ[13] الشَّفِيعَ بشىءٍ ، فلا يَنْبَغِى أن يُكَلَّفَ الإبْراءَ[14] ممَّا لا يَدَّعِيه . والوَجْهُ الأَوَّلُ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وإن قال : اشْتَرَيْتُه لِفُلانٍ . وكان حاضِرًا ، اسْتَدْعاهُ الحاكِمُ ، وسَأَلَه ، فإن صَدَّقَه ، كان الشِّراءُ له ، والشُّفْعةُ عليه ، وإن قال : هذا مِلْكِى ، ولم أشْتَرِه . انْتَقَلَتِ الخُصُومَةُ إليه ، وإن كَذَّبَهُ ، حَكَمَ بالشِّراءِ لمَن اشْتَراهُ ، وأخَذَ منه بالشُّفْعةِ . وإن كان المُقَرُّ له غائِبًا ، أخَذَه الحاكِمُ ، ودَفَعَهُ إلى الشَّفِيعِ ، وكان الغائِبُ على حُجَّتِه إذا قَدِمَ ؛ لأنَّنا لو وَقَفْنا الأمْرَ فى الشُّفْعةِ إلى حُضُورِ المُقَرِّ له ، لكان / فى ذلك إسْقاطُ الشُّفْعةِ ، لأنَّ كلَّ مُشْتَرٍ يَدَّعِى أنَّه لغائِبٍ . وإن قال : اشْتَرَيْتُه لِابْنِى الطِّفْلِ . أو لهذا الطِّفْلِ . وله عليه وِلَايَةٌ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا تَثْبُتُ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لِلطِّفْلِ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعةُ بإقْرارِ الوَلِىِّ عليه ؛ لأنَّه إيجابُ حَقٍّ[15] فى مالِ صَغِيرٍ ، بإقْرارِ وَلِيِّه . الثانى ، تَثْبُتُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الشِّراءَ له ، فصَحَّ إقْرارُه فيه ، كما يَصِحُّ إقْرارُه بعَيْبٍ فى مَبِيعِه . فأمَّا إن ادَّعَى عليه شُفْعةً فى شِقْصٍ ، فقال : هذا لِفُلانٍ الغائِبِ . أو لِفُلانٍ الطِّفْلِ . ثم أقَرَّ

٥/٤٨ ظ

---

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، ب : « الكتابة » .

(١٢) فى ب : « وهو » .

(١٣) فى م : « يطلب » .

(١٤) فى م : « إبراء » .

(١٥) سقط من : الأصل .

بِشِرَائِه له[١٦] ، لم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعةُ ، إلَّا أن تَثْبُتَ بِبيِّنةٍ ، أو يَقْدَمَ الغائِبُ ويَبْلُغَ الطِّفْلُ ، فيُطَالِبُهما بها ؛ لأنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لهما بإقْرارِه به ، فإقْرارُه بالشِّراءِ بعدَ ذلك إقْرارٌ فى مِلْكِ غيرِه ، فلا يُقْبَلُ ، بخِلَافِ ما إذا أقَرَّ بالشِّراءِ ابْتِداءً ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لهما بذلك الإقْرارِ المُثْبِتِ لِلشُّفْعةِ ، فثَبَتا جَمِيعًا . وإن لم يَذْكُرْ سَبَبَ المِلْكِ ، لم يَسْألْهُ الحاكِمُ عنه ، ولم يُطَالَبْ[١٧] بِبيانِه ؛ لأنَّه لو صَرَّحَ بالشِّراءِ لم تَثْبُتْ به شُفْعةٌ ، فلا فائِدَةَ فى الكَشْفِ عنه . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه[١٨] كمَذْهَبِنا .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين حاضِرٍ وغائِبٍ ، فادَّعَى الحَاضِرُ على مَنْ فى يَدِه نَصِيبُ الغائِبِ أنَّه اشْتَراه منه ، وأنَّه يَسْتَحِقُّهُ بالشُّفْعةِ ، فصَدَّقَهُ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ مَنْ فى يَدِه العَيْنُ يُصَدَّقُ فى تَصَرُّفِه فيما فى يَدَيْه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأصْحابُه . ولأصْحابِ الشّافِعِىِّ فى ذلك وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ هذا إقْرارٌ على غيرِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بما فى يَدِه ، فقُبِلَ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّ بأصْلِ مِلْكِه ، وهكذا لو ادَّعَى عليه أنَّك بِعْتَ نَصِيبَ الغائِبِ بإذْنِه ، وأقَرَّ له الوَكِيلُ ، كان كإقْرارِ البائِعِ بالبَيْعِ . فإذا قَدِمَ الغائِبُ فأنْكَرَ البَيْعَ . أو الإذْنَ فى البَيْعِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويَنْتَزِعُ الشِّقْصَ ، ويُطَالِبُ بأجْرِه مَن شاء منهما ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ تحت يَدِه ، فإن طَالَبَ الوَكِيلَ ، رَجَعَ على الشَّفِيعِ ، وإن طَالَبَ الشَّفِيعَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن ادَّعَى على الوَكِيلِ ، أنَّك اشْتَرَيْتَ الشِّقْصَ الذى فى يَدِكَ . فأنْكَرَ ، وقال : إنَّما أنا وَكِيلٌ فيه ، أو مُسْتَوْدَعٌ له . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإن كان لِلمُدَّعِى بَيِّنةٌ ، حُكِمَ بها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ ، مع أن أبا حَنِيفةَ لا يَرَى القَضاءَ على الغائِبِ ؛ لأنَّ القَضاءَ هٰهُنا على الحاضِرِ بِوُجُوبِ الشُّفْعةِ عليه ، واسْتِحْقاقِ انْتِزاعِ

---

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ب : « يطالبه » .

(١٨) سقط من : الأصل .

الشِّقْصِ مِن يَدِه ، وحَصَلَ القَضاءُ / على الغائِبِ ضِمْنًا . فإن لم تكُنْ بَيِّنةٌ ، وطَالَبَ[19] الشَّفِيعُ بِيَمِينِه ، فنَكَلَ عنها ، احْتَمَلَ أن يَقْضِيَ عليه ؛ لأنَّه لو أقَرَّ لَقَضَى عليه ، فكذلك إذا نَكَل . واحْتَمَلَ أن لا يَقْضِيَ عليه ؛ لأنَّه قَضاءٌ على الغائِبِ بغير بَيِّنةٍ ، ولا إقْرارِ مَن[20] الشِّقْصُ فى يَدِه .

٥/٤٩و

فصل : وإذا ادَّعَى على رَجُلٍ شُفْعةً فى شِقْصٍ اشْتَراهُ ، فقال : ليس له مِلْكٌ فى شَرِكَتِى . فعلى الشَّفِيعِ إقامةُ البَيِّنةِ أنَّه شَرِيكٌ . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو يوسفَ : إذا كان فى يَدِه ، اسْتَحَقَّ به الشُّفْعةَ لذلك ؛ لأنَّ الظاهِرَ من اليَدِ المِلْكُ . ولَنا ، أنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ اليَدِ ، وإذا لم يَثْبُتِ المِلْكُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعةَ ، لم تَثْبُتْ ، ومُجَرَّدُ الظاهِرِ لا يَكْفِى ، كما لو ادَّعَى وَلَدَ أمَةٍ فى يَدِه . فإن ادَّعَى أن المُشْتَرِىَ[21] يَعْلَمُ أنَّه شَرِيكٌ ، فعلى المُشْتَرِى اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ ، فكانتْ[22] على العِلْمِ ، كاليَمِينِ على نَفْيِ دَيْنِ المَيِّتِ . فإذا حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْواهُ ، وإن نَكَلَ ، قُضِىَ عليه .

فصل : إذا ادَّعَى على شَرِيكِه ، أنك اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ من عَمْرٍو ، فلِى شُفْعَتُه . فصَدَّقَهُ عَمْرٌو ، فأنْكَرَ الشَّرِيكُ ، وقال : بل وَرِثْتُه من أبِى . فأقَامَ المُدَّعِى بَيِّنةً أنَّه كان مِلْكَ عَمْرٍو ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ بذلك . وقال محمدٌ : تَثْبُتُ ، ويقالُ له : إمَّا أن تَدْفَعَهُ وتَأْخُذَ الثمنَ ، وإمَّا أن تَرُدَّهُ إلى[23] البائِعِ ، فيَأْخُذَه الشَّفِيعُ منه[24] ؛ لأنَّهما شَهِدَا بالمِلْكِ لِعَمْرٍو ، فكأنَّهما شَهِدَا بالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّهما لم يَشْهَدَا بالبَيْعِ ، وإقْرارُ عَمْرٍو على

---

(١٩) فى الأصل : « وطلب » .

(٢٠) فى ب : « ممن » .

(٢١) فى الأصل ، م : « المدعى » .

(٢٢) فى م : « فكان » .

(٢٣) فى ب : « على » .

(٢٤) فى م : « منهما » .

المُنْكِرِ بالبَيْعِ لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على غيرِه ، فلا يُقْبَلُ فى حَقِّه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه عليه ، وليست الشُّفْعةُ من حُقُوقِ العَقْدِ ، فيُقْبَلُ فيها قولُ البائِعِ ، فصَارَ بمَنْزِلَةِ ما لو حَلَفَ أنِّى ما اشْتَرَيْتُ الدّارَ ، فقال مَنْ كانتِ الدّارُ مِلْكًا له : أنا بِعْتُه إيَّاها . لم يُقْبَلْ عليه فى الحِنْثِ ، ولا يَلْزَمُ إذا أقَرَّ البائِعُ بالبَيْعِ ، والشِّقْصُ فى يَدِه فأنْكَرَ المُشْتَرِى الشِّراءَ ؛ لأنَّ الذى فى يَدِه الدّارُ مُقِرٌّ بها للشَّفِيعِ ، ولا مُنازِعَ له فيها سِواهُ ، وههُنا مَن الدَّارُ فى يَدِه يَدَّعِيها لِنَفْسِه ، والمُقِرُّ بالبَيْعِ لا شىءَ فى يَدِه ، ولا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ الشِّقْصِ ، فافْتَرَقَا .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين رَجُلَيْنِ ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما على صَاحِبِه أنَّه يَسْتَحِقُّ ما فى يَدَيْهِ بالشُّفْعَةِ ، سَأَلْناهُما : متى مَلَكْتُماها ؟ فإن قالا : مَلَكْناها دَفْعَةً واحِدَةً . فلا شُفْعةَ لأَحَدِهِما على الآخَرِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ بِمِلْكٍ سابِقٍ فى مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بعدَه ، / وإن قال كلُّ واحِدٍ منهما : مِلْكِى سابِقٌ . ولأحَدِهِما بَيِّنَةٌ بما ادَّعاهُ ، قُضِىَ له ، وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنةٌ ، قَدَّمْنَا أسْبَقَهُما تاريخًا ، وإن شَهِدَتْ بَيِّنةٌ[25] كلِّ واحِدٍ منهما بِسَبْقِ مِلْكِه ، وتَجَدُّدِ مِلْكِ صَاحِبه ، تَعارَضَتَا . وإن لم تكنْ [26]لكُلِّ واحِدٍ[26] منهما بَيِّنةٌ نَظَرْنا إلى السَّابِقِ بالدَّعْوَى ، فقَدَّمْنا دَعْواه ، وسَأَلْنا خَصْمَه ، فإن أنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، فإن حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَى الأَوَّلِ ، ثم تُسْمَعُ دَعْوَى الثانى على الأَوَّلِ ، فإن أنْكَرَ وحَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْواهُما جَمِيعًا . وإن ادَّعَى الأَوَّلُ ، فنَكَلَ الثانى عن اليَمِينِ ، قَضَيْنا عليه ، ولم تُسْمَعْ دَعْواه ؛ لأنَّ خَصْمَه قد اسْتَحَقَّ مِلْكَه . وإن حَلَفَ الثانى ، ونَكَلَ الأَوَّلُ ، قَضَيْنا عليه .

٥/٤٩ ظ

فصل : إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعَانِ فى الثَّمنِ ، فادَّعَى البائِعُ أنَّ الثَّمنَ أَلْفانِ ، وقال المُشْتَرِى : هو أَلْفٌ . فأقَامَ البائِعُ بَيِّنةً أن الثَّمنَ أَلْفانِ ، أخَذَهُما من المُشْتَرِى . ولِلشَّفِيعِ أخْذُه بالأَلْفِ[27] ؛ لأنَّ المُشْتَرِى مُقِرٌّ له باسْتِحْقَاقِه بأَلْفٍ ، ويَدَّعِى أنَّ البائِعَ

---

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦ – ٢٦) فى ب ، م : « لواحد » .

(٢٧) فى ب : « بألف » .

ظَلَمَه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَكَمَ الحاكِمُ عليه بألْفَيْنِ ، أخَذَه الشَّفِيعُ بهما ؛ لأنَّ الحاكِمَ إذا حَكَمَ عليه بالبَيِّنةِ بَطَلَ قولُه ، وثَبَتَ ما حَكَمَ به الحاكِمُ . ولَنا ، أنَّ المُشْتَرِىَ مُقِرٌّ بأنَّ هذه البَيِّنَةَ كاذِبَةٌ ، وأنَّه ظَلَمَهُ بألْفٍ ، فلم يُحْكَمْ له به ، وإنَّما حُكِمَ بها للبائِعِ ؛ لأنَّه لا يُكَذِّبُها . فإن قال المُشْتَرِى : صَدَقَتِ البَيِّنةُ ، وكنتُ أنا كاذِبًا أو نَاسِيًا . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ رُجُوعُه ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن إقْرارٍ تعلَّق[28] به حَقُّ آدمِىٍّ غيرِه ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ له بدَيْنٍ . والثانى ، يُقْبَلُ قولُه . وقال القاضى : هو قِيَاسُ المَذْهَبِ عندى ، كما لو أخْبَرَ فى المُرَابَحةِ بثَمَنٍ ، ثم قال : غَلِطْتُ . والثمنُ أكْثَرُ ، قُبِلَ قَوْلُه مع يَمِينِه ، بل هٰهُنا أَوْلَى ؛ لأنَّه قد[29] قامَتِ البَيِّنةُ بكَذِبه[30] ، وحَكَمَ الحاكِمُ بخِلَافِ قَوْلِه ، فقُبِلَ رُجُوعُه عن الكَذِبِ . وإن لم تكُنْ للبائِعِ بَيِّنةٌ ، فتَحالَفَا ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بما حَلَفَ عليه البائِعُ ، وإن أرادَ أخْذَه بما حَلَفَ عليه المُشْتَرِى ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ للبائِعِ فَسْخَ البَيْعِ ، وأخْذه بما قال المُشْتَرِى يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّه يُفْضِى إلى إلْزَامِ العَقْدِ بما حَلَفَ[30] عليه المُشْتَرِى ، ولا يَمْلِكُ ذلك . فإن رَضِىَ المُشْتَرِى بأخْذِه بما قال البائِعُ ، جازَ ، ومَلَكَ الشَّفِيعُ أخْذَه بالثَّمنِ الذى حَلَفَ عليه المُشْتَرِى ؛ لأنَّ حَقَّ البائِعِ من الفَسْخِ قد زالَ . فإن عادَ المُشْتَرِى فصَدَّقَ البائِعَ ، وقال : الثمنُ ألْفانِ ، وكنت غَالِطًا[31] . فهل لِلشَّفِيعِ / أخْذُه بالثَّمنِ الذى حَلَفَ عليه ؟ فيه وَجْهانِ ، كما لو قامَتْ به بَيِّنةٌ . ٥/٥٠ و

فصل : ولو اشْتَرَى شِقْصًا له شَفِيعَانِ ، فادَّعَى على أحدِ الشَّفِيعَيْنِ أنَّه عَفَا عن الشُّفْعةِ ، وشَهِدَ له بذلك الشَّفِيعُ الآخر ، قَبْلَ عَفْوِه عن شُفْعَتِه[32] ، لم تُقْبَلْ شَهَادَتُه ؛

---

(٢٨) فى م : « تعين » .

(٢٩) فى الأصل : « ما » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى الأصل : « عالما » .

(٣٢) فى الأصل : « شفيعه » .

لأنَّه يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، وهو تَوَفُّرُ الشُّفْعَةِ عليه . فإذا رُدَّتْ شَهَادَتُه ، ثم عَفَا عن الشُّفْعةِ ، ثم أعادَ تلك الشَّهَادَةِ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّها رُدَّتْ لِلتُّهْمةِ ، فلم تُقبَلْ بعدَ زَوَالِها ، كشَهَادَةِ الفاسِقِ إذا رُدَّتْ ثم تابَ وأعَادَها ، لم تُقْبَلْ . ولو [٣٣] لم يَشْهَدْ حتى عَفَا ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ ، ويَحْلِفُ المُشْتَرِى مع شَهَادَتِه . ولو لم تكُنْ بَيِّنةٌ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه . وإن كانت الدَّعْوَى على الشَّفِيعَيْنِ معًا ، فحَلَفَا ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ ، وإن حَلَفَ أحدُهما ، ونَكَلَ الآخرُ ، نَظَرْنا فى الحالِفِ ؛ فإن صَدَّقَ شَرِيكَه فى الشُّفْعَةِ فى أنَّه لم يَعْفُ ، لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ ، وكانت الشُّفْعةُ بينهما ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فإنَّ الشُّفْعةَ تَتَوَفَّرُ عليه إذا سَقَطَتْ شُفْعةُ شَرِيكِه . وإن ادَّعَى أنَّه عَفَا ، فنَكَلَ ، قُضِىَ له بالشُّفْعةِ كلِّها . وسواءٌ وَرِثَا الشُّفْعةَ أو كانا شَرِيكَيْنِ . وإن شَهِدَ أجْنَبِىٌّ بِعَفْوِ أحدِ الشَّفِيعَيْنِ ، واحْتِيجَ [٣٤] إلى يَمِينٍ معه قبلَ عَفْوِ الآخرِ ، حَلَفَ ، وأخَذَ الكُلَّ بالشُّفْعةِ . وإن كان بعدَه ، حَلَفَ المُشْتَرِى ، وسَقَطَتِ الشُّفْعةُ . وإن كانوا ثلاثةَ شُفَعَاءَ ، فشَهِدَ اثْنانِ منهم على الثالثِ بالعَفْوِ بعدَ عَفْوِهما ، قُبِلَتْ ، وإن شَهِدَا [٣٥] ، قبلَه ، رُدَّتْ . وإن شَهِدَا بعدَ عَفْوِ أحَدِهما وقَبْلَ عَفْوِ الآخرِ ، رُدَّتْ شَهَادَةُ غيرِ العافِى ، وقُبِلَتْ شَهادَةُ العافِى . وإن شَهِدَ البائعُ بِعَفْوِ الشَّفِيعِ بعدَ قَبْضِ الثَّمنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ، وإن كان قَبْلَه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تُقْبَلُ ؛ لأنَّهما سواءٌ عنده . والثانى ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن [٣٦] يكونَ قَصَدَ ذلك [٣٧] ليُسَهِّلَ اسْتِيفَاءَ الثَّمنِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُه من الشَّفِيعِ ، فيَسْهُلُ عليه وَفاؤُه ، أو يَتَعَذَّرُ على المُشْتَرِى الوَفَاءُ لِفَلَسِه [٣٧] ، فيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ . وإن شَهِدَ لمُكَاتَبِه بِعَفْوِ شَفِيعِه [٣٨] ، أو شَهِدَ بِشِرَاءِ شىءٍ لمُكَاتَبِه فيه شُفْعةٌ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّ

---

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى ب ، م : « واحتج » .

(٣٥) فى الأصل زيادة : « أنه » .

(٣٦) فى ب : « أنه » .

(٣٧–٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى ب ، م : « شفعة » .

الْمُكَاتَبَ عَبْدُه ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له ، كمُدَبَّرِه ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ للمُكَاتَبِ يَنْتَفِعُ به السَّيِّدُ ؛ لأنَّه إن عَجَزَ صارَ له ، وإن لم يَعْجِزْ سَهُلَ عليه الوَفَاءُ له . وإن شَهِدَ على مُكَاتَبِه بشيءٍ من ذلك ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ ، فأَشْبَهَ الشَّهادَةَ على وَلَدِه .

٨٨٠ – مسألة ؛ قال : (**وَإنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، ولِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، ولِلْآخَرِ سُدُسُهَا ، فَبَاعَ أحَدُهُم / ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ بَيْنَ النَّفْسَيْنِ على قَدْرِ سِهَامِهِمَا**) ٥/٥٠ ظ

الصَّحِيحُ فى المَذْهَبِ أنَّ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ إذا أخَذَه الشُّفَعاءُ ، قُسِمَ بينهم على قَدْرِ أمْلَاكِهِم . اخْتَارَهُ أبو بكرٍ . ورُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطَاءٍ . وبه قال مالِكٌ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثانيةٌ ، أنَّه يُقْسَمُ بَيْنَهُم على عَدَدِ رُءُوسِهِم . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم لو انْفَرَدَ لَاسْتَحَقَّ الجَمِيعَ ، فإذا اجْتَمَعُوا تَسَاوَوْا ، كالبَنِينَ فى المِيرَاثِ ، وكالمُعْتِقِينَ فى سِرَايةِ العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ (١ بِسَبَبِ المِلْكِ ١) ، فكان على قَدْرِ الأَمْلَاكِ ، كالغَلَّةِ ، ودَلِيلُهُم يَنْتَقِضُ بالابْنِ والأَبِ أو الجَدِّ ، وبالجَدِّ مع الإِخْوَةِ ، وبالفُرْسانِ (٢ مع الرَّجَّالَةِ ٢) فى الغَنِيمَةِ ، وأَصْحابِ الدُّيُونِ والوَصَايَا ، إذا نَقَصَ مالُه عن دَيْنِ أحَدِهِم (٣) ، أو الثُّلُث عن وَصِيَّةِ أحَدِهِم . وفارَقَ الأَعْيانَ ؛ لأنَّه إتْلَافٌ ، والإِتْلافُ يَسْتَوِى فيه القَلِيلُ والكَثِيرُ ، كالنَّجاسَةِ تُلْقَى فى مائِعٍ . وأمَّا البَنُونَ ، فإنَّهم تَسَاوَوْا فى التَّسَبُّبِ (٤) ، وهو البُنُوَّةُ ، فتَسَاوَوْا فى الإِرْثِ بها ،

(١ – ١) فى ب : « بالملك » .

(٢ – ٢) فى الأصل ، ب : « والرجالة » .

(٣) فى ب ، م : « أحدهما » .

(٤) فى الأصل : « السبب » .

فنَظِيرُه فى مَسْأَلَتِنا تَساوِى الشُّفَعاءِ فى سِهَامِهِم ، فعلى هذا نَنْظُرُ مخْرَجَ سِهَامِ الشُّرَكاءِ كلِّهم ، فَنأْخُذُ مِنْها سِهَامَ الشُّفَعاءِ ، فإذا عَلِمْتَ عِدَّتَها ، قَسَّمْتَ السَّهْمَ المَشْفوعَ عليها ، ويَصِيرُ العَقَارُ بين الشُّفَعاءِ على تلك العِدَّةِ ، كما يُفْعَلُ فى مَسَائِلِ الرَّدِّ سواءً ، ففى هذه المَسْأَلَةِ التى ذَكَرَ الخِرَقِىُّ ، مَخْرَجُ سِهَامِ الشُّرَكَاءِ[٥] سِتَّةٌ ، فإن باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، فسِهَامُ الشُّفَعاءِ ثلاثةٌ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمانِ ، وللآخَرِ سَهْمٌ فالشُّفْعة بينهم على ثلاثةٍ ، ويَصِيرُ العَقَارُ بينهم أثْلاثًا ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثَاه ، وللآخَرِ ثُلُثُه ، وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، كانت بين الآخَرَيْنِ أرْباعًا ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةُ أرْباعِه ، وللآخَرِ رُبْعُه ، وإن باعَ صاحِبُ السُّدُسِ ، كانت بين الآخَرَيْنِ أخْماسًا ، لِصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةُ أخْماسِه ، وللآخَرِ خُمْسَاه . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يُقَسَّمُ الشِّقْصُ المَشْفُوعُ بين الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ على كلِّ حالٍ ، فإن باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، قُسِّمَ النِّصْفُ بين شَرِيكَيْه ، لكلِّ واحِدٍ الرُّبْعُ ، فيَصِيرُ لصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثٌ ورُبْعٌ ، وللآخَرِ رُبْعٌ وسُدُسٌ ، وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، صارَ لصاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثانِ ، وللآخَرِ الثُّلُثُ ، وإن باعَ صاحبُ السُّدُسِ ، فلِصاحِبِ [٦]النِّصْفِ ثُلُثٌ[٦] ورُبْعٌ ، ولصاحِبِ الثُّلث رُبْعٌ وسُدُسٌ . واللهُ أعلمُ .

٥١/٥ و **فصل** : / ولو وَرِثَ أخَوانِ دارًا ، أو اشْتَرَيَاها بينهما نِصْفَيْنِ ، أو غيرَ ذلك ، فماتَ أحَدُهُما عن ابْنَيْنِ[٧] ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بين أخِيه وعَمِّه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ ، والشَّافِعِىُّ فى الجَدِيدِ . وقال فى القَدِيمِ : إنَّ أخَاه أحَقُّ بالشُّفْعةِ . وبه قال مالِكٌ ؛ لأنَّ أخَاهُ أخَصُّ[٥] بشَرِكَتِه من العَمِّ ، لِاشْتِرَاكِهما فى سَبَبِ المِلْكِ . ولَنا ، أنَّهما شَرِيكانِ حالَ ثُبُوتِ الشُّفْعةِ ، فكانت بينهما ، كما لو مَلَكُوا كلُّهم بِسَبَبٍ واحِدٍ ، ولأنَّ الشُّفْعةَ تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ على شُرَكائِه بِسَبَبِ شَرِكَتِه ، وهذا يُوجَدُ

---

(٥) سقط من : ب .

(٦ - ٦) فى م : « الثلث نصف » .

(٧) فى الأصل : « اثنين » .

فى حَقِّ الكُلِّ . وما ذَكَرُوه لا أصْلَ له ، ولم يَثْبُت اعْتِبارُ الشَّرْعِ له فى مَوْضِعٍ ، والاعْتبارُ بالشَّرِكَةِ لا بِسَبَبِها . وهل تُقْسَمُ بين العَمِّ وابنِ أخِيه نِصْفَيْنِ ، أو على قَدْرِ مِلْكَيْهِما ؟ على رِوَايَتَيْنِ[8] . وهكذا لو اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ دارٍ ، ثم اشْتَرَى ابناهُ نِصْفَها الآخَرَ ، أو وَرِثَاهُ ، أو اتَّهَباهُ ، أو وَصَلَ إليهما بِسَبَبٍ من أسْبابِ المِلْكِ ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه . أو لو وَرِثَ ثَلاثَةٌ دارًا ، فباعَ أحَدُهُم نَصِيبَه من اثْنَيْنِ ، ثم باعَ أحدُ المُشْتَرِيَيْنِ نَصِيبَه ، فالشُّفْعةُ بين جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . وكذلك لو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَفَ ابْنَتَيْنِ وأُخْتَيْنِ ، فباعَتْ إحْدَى الأُخْتَيْنِ نَصِيبَها ، أو إحدى الابْنَتَيْنِ ، فالشُّفْعةُ بين جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . ولو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ وأرْضًا ، فماتَ أحَدُهُم عن ابْنَيْنِ ، فباعَ أحَدُ العَمَّيْنِ نَصِيبَه ، فالشُّفْعةُ بين أخِيه وابْنَىْ أخِيه . ولو خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وأوْصَى بِثُلُثِه لِاثْنَيْنِ ، فباعَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ ، أو أحدُ الابْنَيْنِ ، فالشُّفْعةُ بين شُرَكائِه كلِّهم . ولِمُخَالِفِينا فى هذه المَسَائِلِ اخْتِلَافٌ[9] يَطُولُ ذِكْرُه .

فصل : وإن كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فلِلشَّفِيعِ الآخَرِ أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ نَصِيبِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ ، والْبَتِّىِّ : لا شُفْعةَ للآخَرِ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، وهذا شَرِكَتُه مُتَقَدِّمةٌ ، فلا ضَرَرَ فى شِرَائِه . وحكَى ابنُ الصَّبَّاغِ عن هؤُلاءِ ، أنَّ الشُّفْعةَ كلَّها لغيرِ المُشْتَرِى . ولا شىءَ لِلْمُشْتَرِى فيها ؛ لأنَّها تُسْتَحَقُّ عليه ، فلا يَسْتَحِقُّها على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فى الشَّرِكَةِ ، فتَساوَيا فى الشُّفْعَةِ ، كما لو اشْتَرَى أجْنَبِىٌّ ، بل المُشْتَرِى أوْلَى ؛ لأنَّه قد مَلَكَ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ . وما ذَكَرْناه للقولِ الأوَّلِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَحْصُلُ بشِراءِ هذا السَّهْمِ المَشْفُوعِ ، من غيرِ نَظَرٍ إلى المُشْتَرِى ، وقد حَصَلَ شِراؤُه . والثانى لا يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّنا لا[10] نقولُ إنَّه يَأْخُذُ من نَفْسِه بالشُّفْعةِ ، وإنَّما يمْنَعُ الشَّرِيكَ أن يَأْخُذَ قَدْرَ

---

(8) فى الأصل : « الروايتين » .

(9) فى ب : « خلاف » .

(10) سقط من : م .

٥١/٥ ظ حقّه / بالشُّفْعَةِ ، فيَبْقَى على مِلْكِه ، ثم لا يمْنَعُ أن يَسْتَحِقَّ الإنسانُ على نَفْسِه ، لأجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ(١١) الغيرِ به ، ألا تَرَى أنَّ العَبْدَ المَرْهُونَ ، إذا جَنَى على عَبدٍ آخَرَ لِسَيِّده ، ثَبَتَ للسَّيِّدِ على عَبْدِه أرْشُ الجنَايةِ ؛ لأجْلِ تَعلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ به ، ولو لم يكُنْ رَهْنًا ما تَعلَّقَ به . إذا ثبَتَ هذا ، فإن للشَّرِيكِ(١٢) المُشْتَرِى أخْذَ قَدْرِ نَصِيبِه لا غيرُ أو العَفْوَ . وإن قال له المُشْتَرِى : قد أسْقَطتُ شُفْعَتِى ، فَخُذِ الكُلَّ ، أو اتْرُكْ . لم يَلْزَمْهُ ذلك ، ولم يَصِحَّ إسْقَاطُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ مِلْكَه استَقرَّ على قَدْرِ حَقِّه ، فجَرَى مَجْرَى الشَّفِيعَيْنِ إذا أخَذَا بالشُّفْعةِ ثم عَفَا أحَدُهما عن حَقِّه . وكذلك إذا حَضَرَ أحدُ الشَّفِيعَيْنِ ، فأخَذَ جميعَ الشِّقْصِ بالشُّفْعةِ ، ثم حَضَرَ الآخرُ ، فله أخْذُ النِّصْفِ من ذلك ، فإن قال الأوَّلُ : خُذ الكُلَّ أو دَعْ(١٣) ، فإنِّى قد أسْقَطْتُ شُفْعَتِى . لم يكُنْ له ذلك . فإن قيل : هذا تَبْعِيضٌ للصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى . قُلْنا : هذا التَّبْعِيضُ اقْتَضاهُ دُخُولُه فى العَقْدِ ، فصار (١٤) كالرِّضَى منه به(١٤) ، كما قُلْنا فى الشَّفِيعِ(١٥) الحاضِرِ إذا أخذَ جَمِيعَ الشِّقْصِ ، وكما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا .

٨٨١ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ تَرَكَ أحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلآخرِ أنْ يَأْخُذَ إلَّا الْكُلَّ أوْ يَتْرُكَ)

وجُمْلَتُه أنَّه إذا كان الشِّقْصُ بين شُفَعاءَ ، فتَرَكَ بعضُهم ، فليس لِلْباقِينَ إلَّا أخذُ الجَمِيعِ أو تَرْكُ الجميعِ ، وليس لهم أخذُ البعضِ . قالَ ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ على هذا . وهذا قول مالكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ولأنَّ فى أخْذِ البعضِ إضْرَارًا بالمُشْتَرِى ، بِتَبْعِيضِ الصَّفْقةِ عليه ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ ، لأنَّ

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى ب ، م : « الشريك » .

(١٣) فى ب زيادة : « الكل » .

(١٤–١٤) فى ب : « كما لو قضى به » .

(١٥) سقط من : الأصل .

الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ على خِلافِ الأصْلِ دَفْعًا لِضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، خَوْفًا من سُوءِ المُشارَكةِ ومُؤْنةِ القِسْمةِ ، فإذا أخَذَ بعضَ الشِّقْصِ ، لم يَنْدَفِعْ عنه الضَّرَرُ ، فلم يَتَحقَّقِ المَعْنَى المُجَوِّزُ لِمُخالَفَةِ الأصْلِ ، فلا تَثْبُتُ . ولو كان الشَّفِيعُ واحدًا ، لم يَجُزْ له أخذُ بعضِ المَبِيعِ ؛ لذلك ، فإن فَعَلَ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّها لا تَتَبعَّضُ ، فإذا سَقَطَ بعضُها ، سَقَطَ جَمِيعُها ، كالقِصَاصِ . وإن وَهَبَ بعضُ الشُّرَكاءِ نَصِيبَه من الشُّفْعةِ بعضَ شُرَكائِه أو غيرَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك عَفْوٌ ، وليس بِهِبَةٍ ، فلم يَصِحَّ لغيرِ مَنْ هو عليه ، كالعَفْوِ عن القِصَاصِ .

فصل : فإن كان الشُّفَعاءُ غائِبِينَ ، لم تَسْقُط الشُّفْعةُ ؛ لِمَوْضِعِ العُذْرِ . فإذا قَدِمَ أحَدُهم ، فليس له أن يأْخُذَ إلَّا الكلَّ ، أو يَتْرُكَ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ اليومَ مُطالِبًا سِواهُ ، ولأنَّ فى أخْذِه البعضَ[(1)] تَبْعِيضًا لِصَفْقةِ المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما لو [(2)]لم يكُنْ[(2)] معه غيرُه ، ولا يُمْكِنُ تأْخِيرُ / حَقِّه إلى أن يَقْدَمَ شُرَكاؤُه ؛ لأنَّ فى التَّأْخِيرِ إضْرارًا بالمُشْتَرِى . فإذا أخَذَ الجَمِيعَ ، ثم حَضَرَ آخَرُ ، قاسَمَه إن شاءَ أو عَفَا ، فيَبْقَى للأوَّلِ ؛ لأنَّ المُطالَبةَ إنَّما وُجِدَتْ منهما . فإن قاسَمَه ، ثم حَضَرَ الثالِثُ ، قاسَمَهُما إن أحَبَّ أو عَفَا فيَبْقَى للأوَّلَيْنِ ، فإن نَمَا الشِّقْصُ فى يَدِ الأوَّلِ نَماءً مُنْفَصِلًا ، لم يُشارِكْه فيه واحدٌ منهما ؛ لأنَّه انْفَصَلَ فى [(3)]مِلْكِه ، فأشْبَهَ ما لو انْفَصَلَ فى[(3)] يَدِ المُشْتَرِى قبلَ الأخْذِ بالشُّفْعةِ . وكذلك إذا أخَذَ الثانى ، فما فى يَدِه نَماءً مُنْفَصِلًا ، لم يُشارِكْه الثالثُ فيه . وإن خَرَجَ الشِّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فالعُهْدَةُ على المُشْتَرِى ، يَرْجِعُ الثلاثةُ عليه ، ولا يَرْجِعُ أحَدُهُم على الآخَرِ ؛ فإنَّ الأخْذَ وإن كان من الأوَّلِ ، فهو بمَنْزِلَةِ النائِبِ عن المُشْتَرِى فى الدَّفْعِ إليهما ، والنائِبِ عنهما فى دَفْعِ الثَّمَنِ إليه ، لأنَّ الشُّفْعةَ مُسْتَحَقَّةٌ عليه لهم . وهذا ظاهِرُ مذهبِ

٥٢/٥ و

---

(1) فى الأصل : « للبعض » .

(2-2) فى ب : « كان » .

(3-3) سقط من : م .

الشّافِعِيّ . وإن امْتَنَعَ الأوَّلُ من المُطَالَبةِ حتى يَحْضُرَ صاحِبَاه ، أو قال : آخُذُ قَدْرَ حَقِّى . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ حَقُّه ؛ لأنَّه قَدَرَ على أخْذِ الكُلِّ وتَرَكَه ، فأشْبَه المُنْفَرِدَ. والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه تَرَكَه لِعُذْرٍ ، وهو خَوْفُ قُدُومِ الغائِبِ ، فيَنْتَزِعُه منه ، والتَّرْكُ لِعُذْرٍ لا يُسْقِطُ الشُّفْعةَ ، بِدَلِيلِ ما لو أظْهَرَ المُشْتَرِى ثَمَنًا كَثِيرًا ، فتَرَكَ لذلك ، ثم بان خِلافُه[٤] . فإن تَرَكَ الأوَّلُ شُفْعَتَه (٥تَوَفَّرَتِ الشُّفْعَةُ٥) على صَاحِبَيْه ، فإذا قَدِمَ الأوَّلُ منهما ، فله أخْذُ الجميعِ ، على ما ذَكَرْنا فى الأوَّلِ . فإن أخَذَ الأوَّلُ بها ، ثم رَدَّ ما أخَذَه بِعَيْبٍ ، فكذلك . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وحُكِىَ عن محمدِ بن الحَسَنِ أنَّها لا تَتَوفَّرُ عليهما ، وليس لهما أخْذُ نَصِيبِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه لم يَعْفُ ، وإنَّما رَدَّ نَصِيبَه لأجْلِ العَيْبِ ، فأشْبَه ما لو رَجَعَ إلى المُشْتَرِى بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ فَسَخَ مِلْكَه ، ورَجَعَ إلى المُشْتَرِى بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فكان لِشَرِيكِه أخذُه ، كما لو عَفَا . ويُفارِقُ عَوْدَه بِسَبَبٍ آخَرَ ؛ لأنَّه عادَ غيرَ المِلْكِ الأوَّلِ الذى تَعَلَّقَتْ به الشُّفْعةُ .

فصل : وإذا حَضَرَ الثانى بعدَ أخْذِ الأوَّلِ ، فأخَذَ نِصْفَ الشِّقْصِ منه ، واقْتَسَما ، ثم قَدِمَ الثالثُ ، فطَالَبَ بالشُّفْعةِ ، وأخَذَ بها ، بَطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ هذا الثالثَ إذا أخَذَ بالشُّفْعةِ ، كان كأنَّه مُشارِكٌ فى حالِ القِسْمَةِ ، لِثُبُوتِ حَقِّه ، ولهذا لو باعَ المُشْتَرِى ، ثم قَدِمَ الشَّفِيعُ ، كان له إبْطالُ البَيْعِ . فإن قِيل : فكيف تَصِحُّ القِسْمَةُ ، وشَرِيكُهُما الثالثُ غائِبٌ ؟ قُلْنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ وَكَّلَ فى القِسْمَةِ قبلَ البَيْعِ ، أو قبلَ علمه به[٦] ، أو يكونَ الشَّرِيكانِ رَفَعَا ذلك إلى الحاكِمِ ، وطَالَباه بالقِسْمَةِ عن الغائِبِ ، / فقَاسَمَهُما ، ويَبْقَى الغائبُ على شُفْعَتِه . فإن قِيل : فكيف تَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُما للشِّقْصِ ، وحَقُّ الثالثِ ثابِتٌ فيه ؟ قلنا : ثُبُوتُ حَقِّ[٧] الشُّفْعةِ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ، بِدَلِيلِ أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وهِبَتُه

٥٢/٥ ظ

(٤) فى م : « بخلافه » .

(٥–٥) سقط من : م .

(٦) سقط من : م .

(٧) سقط من : ب .

وغيرُهما ، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ إبْطَالَه ، كذا هٰهُنا . إذا ثَبتَ هذا، فإنَّ الثالثَ إذا قَدِمَ فوَجَدَ أحدَ شَرِيكَيْه غائِبًا ، أخَذَ من الحاضِرِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ؛ لأنَّه قَدْرُ ما يَسْتَحِقُّه ، ثم إن قَضَى له القاضى على الغائبِ ، أخذَ ثُلُثَ ما فى يَدِه أيضا ، وإن لم يَقْضِ له ، انْتَظَرَ الغائِبَ حتى يَقْدَمَ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ عُذْرٍ .

فصل : إذا أخذَ الأوَّلُ الشِّقْصَ كلَّه بالشُّفْعةِ ، فقَدِمَ الثانى ، فقال : لا آخُذُ منك نِصْفَه ، بل أقْتَصِرُ على قَدْرِ نَصِيبِى وهو الثُّلُثُ . فله ذلك ؛ لأنَّه اقْتَصَرَ على بعضِ حَقِّه ، وليس فيه تَبْعِيضُ الصَّفْقةِ[8] على المُشْتَرِى ، فجازَ ، كتَرْكِ الكلِّ . فإذا قَدِمَ الثالثُ ، فله أن يأْخُذَ من الثانى ثُلُثَ ما فى يَدِه ، فيُضِيفَه إلى ما فى يَدِ الأوَّلِ ، ويَقْتَسِمانِه نِصْفَيْنِ ، فتَصِحُّ قِسْمَةُ الشِّقْصِ من ثَمانيةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لأنَّ الثالثَ أخذَ حَقَّه[9] من الثانى ثُلُثَ الثُّلُثِ ، ومَخْرَجُه تِسْعَةٌ ، فضَمَّه[10] إلى الثُّلُثَيْنِ وهى سِتَّةٌ ، صارَتْ تِسْعةً[11] ثم قَسما التِّسْعةَ[12] نِصْفَيْنِ ، لا تَنْقَسِمُ ، فاضْرِب اثْنَيْنِ فى تِسْعةٍ ، تكُنْ ثمانيةَ عَشَرَ ، للثانى أرْبعةُ أسْهُمٍ ، ولكلِّ واحدٍ من شَرِيكَيْه سَبْعةٌ . وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ الثانىَ تَرَكَ سُدُسًا كان له أخذُه ، وحَقُّه منه ثُلُثاه ، وهو السُّبْعُ[13] ، فتَوَفَّرَ ذلك على شَرِيكَيْه[14] فى الشُّفْعةِ ، فلِلأوَّلِ والثالثِ أن يقولا : نحن سواءٌ فى الاسْتِحْقاقِ ، ولم يَتْرُكْ واحدٌ منا شَيْئًا من حَقِّه ، فنَجْمَعُ ما معنا فنَقْسِمُه ، فيكونُ على ما ذَكَرْنا . وإن قال الثانى : أنا آخُذُ الرُّبْعَ . فله ذلك ؛ لما ذَكَرْنا فى التى قبلَها ، فإذا قَدِمَ الثالثُ ، أخَذَ منه نِصْفَ سُدُسٍ ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه ، فضَمَّه إلى ثَلاثَةِ الأرْباعِ ، وهى تِسْعَةٌ ، يَصِيرُ الجميعُ عَشَرَةً

---

(٨) فى الأصل : « للصفقة » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى الأصل : « فنضمه » .

(١١) فى ب ، م : « سبعة » خطأ .

(١٢) فى ب ، م : « السبعة » .

(١٣) فى ب ، م : « التسع » .

(١٤) فى ب ، م : « شريكه » .

فيَقْتَسِمَانِها لكلِّ واحِدٍ منهما خَمْسَةٌ ، وللثانى سَهْمانِ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ .

فصل : إذا اشْتَرَى رَجُلٌ من رَجُلَيْنِ شِقْصًا ، فلِلشَّفِيعِ أخذُ نَصِيبِ أحَدِهِما دُونَ الآخرِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن القاضى ، أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، لئلَّا تَتَبعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ عَقْدَ الاثْنَيْنِ مع واحِدٍ عَقْدانِ ؛ لأنَّه مُشْتَرٍ من كلِّ واحِدٍ منهما[١٥] مِلْكَه بثَمَنٍ مُفْرَدٍ ، فكان للشَّفِيعِ أخذُه ، كما لو أفْرَدَه بعَقْدٍ ، وبهذا يَنْفَصِلُ عما ذَكَرُوه . وإن اشْتَرَى اثْنانِ نَصِيبَ واحِدٍ ، فللشَّفِيعِ أخْذُ نصيبِ أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو حنيفةَ فى إحدى الرِّوايَتَيْنِ عنه . وقال فى الأُخرَى : يجوزُ له ذلك بعدَ القَبْضِ ، ولا يجوزُ قبلَه ؛ لأنَّه قَبْلَ القَبْضِ تَتَبَعَّضُ صَفْقَةُ البائِعِ . ولَنا ، أنَّهما مُشْتَرِيانِ / ، فجازَ للشَّفِيعِ أخذُ نَصِيبِ أحَدِهِما ، كما بعدَ القَبْضِ . وما ذَكَرُوه لا نُسَلِّمُه ، على أنَّ المُشْتَرِىَ الآخرَ أخَذَ[١٦] نَصِيبَه ، فلا يكونُ تَبْعِيضًا . فإن باعَ اثْنانِ من اثْنَيْنِ ، فهى أربعةُ عُقُودٍ ، ولِلشَّفِيعِ أخذُ الكُلِّ ، أو ما شاءَ منهما .

٥٣/٥ و

فصل : وإذا باعَ شِقْصًا لِثلاثةٍ ، دَفْعةً واحدةً ، فلِشَرِيكِه أن يَأْخُذَ من الثَّلاثةِ . وله أن يَأْخُذَ من أحَدِهِم ، وله أن يَأْخُذَ من اثْنَيْنِ دون الثّالِثِ ؛ لأنَّ [١٧]كُلَّ عَقْدٍ[١٧] منهما مُنْفَرِدٌ ، فلا يَتَوَقَّفُ الأخْذُ به على الأخذِ بما فى العَقْدِ الآخرِ ، كما لو كانت مُتَفرِّقةً . فإذا أخَذَ نَصِيبَ واحِدٍ ، لم يكُنْ للآخَرَيْنِ مُشارَكَتُه فى الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُما لم يَسْبِقْ مِلْكَ مَنْ أخَذَ نَصِيبَه ، ولا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ إلا بمِلْكٍ سابِقٍ . فأمّا إن باعَ نَصِيبَه لِثلاثةٍ ، فى ثلاثةِ عُقُودٍ مُتَفرِّقةٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أيضا أن يَأْخُذَ الثَّلاثَةَ ، وله أن يَأْخُذَ ما شاءَ منهما ؛ فإن أخَذَ نَصِيبَ الأوَّلِ ، لم يكُنْ للآخَرَيْنِ مُشارَكَتُه [١٨]فى شُفْعَتِه ؛ لأنَّهما لم يكُنْ لهما مِلْكٌ حين بَيْعِه ، وإن أخَذَ نَصِيبَ الثانى وحدَه ، لم يَمْلِكِ الثالثُ مُشارَكَتَه[١٨]

---

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى ب ، م : « يأخذ » .

(١٧-١٧) فى م : « عقد كل » .

(١٨-١٨) سقط من : ب .

لذلك ، ويُشارِكُهُ الأوَّلُ فى شُفْعَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَه سابِقٌ لِشِرَاءِ الثانى ، فهو شَرِيكٌ حالَ شِرَائِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشارِكَه ؛ لأنَّ مِلْكَه حالَ شِرَاءِ الثانى يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعَةِ ، فلا يكونُ سَبَبًا فى اسْتِحْقَاقِها . وإن أخَذَ من الثالثِ ، وعَفَا عن الأوَّلَيْنِ ، ففى مُشارَكَتِهِما له وَجْهانِ . وإن أخَذَ من الثَّلَاثةِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، أنَّه لا يُشارِكُه أحدٌ منهم ؛ لأنَّ أمْلَاكَهُم قد اسْتَحَقَّها بالشُّفْعةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ عليه بها شُفْعَةً . والثانى ، يُشارِكُه الثانى فى شُفْعةِ الثالثِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه كان مالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حالَ شِرَاءِ الثالثِ ، ولذلك اسْتَحَقَّ مُشارَكَتَه إذا عَفَا عن شُفْعَتِه ، فكذلك إذا لم يَعْفُ ؛ لأنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الشُّفْعةَ بالمِلْكِ الذى صارَ به شَرِيكا ، لا بالعَفْوِ عنه ، ولذلك قُلْنا فى الشَّفِيعِ إذا لم يَعْلَمْ بالشُّفْعةِ حتى باعَ نَصِيبَه : فله أخذُ نَصِيبِ المُشْتَرِى الأوَّل ، وللمُشْتَرِى الأوَّل أخذُ نَصِيبِ المُشْتَرِى الثانى . وعلى هذا يُشارِكُه الأوَّلُ فى شُفْعةِ الثانى والثالثِ جَمِيعًا . فعلى هذا إذا كانتْ دارٌ بين اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه لِثَلَاثةٍ ، فى[19] ثَلَاثةِ عُقودٍ ، فى كلِّ عَقْدٍ سُدُسًا ، فللشَّفِيعِ السُّدُسُ الأوَّلُ وثَلَاثةُ أرْباعِ الثانى وثَلَاثةُ أخْماسِ الثالثِ ، ولِلمُشْتَرِى الأوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثانى وخُمْسُ الثالثِ ، وللمُشْتَرِى الثانى خُمْسُ الثالثِ فتَصِحُّ المَسْأَلةُ من مائةٍ وعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلشَّفِيعِ الأوَّلِ مائةٌ وسَبْعَةُ أسْهُمٍ ، وللثانى تِسْعَةٌ ، وللثالثِ أرْبعةٌ . وإن / قُلْنا : إنَّ الشُّفْعةَ على عَدَدِ الرُّءُوسِ . فلِلمُشْتَرِى الأوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثانى وثُلُثُ الثالثِ ، وللثانى ثُلُثُ الثالثِ وهو نِصْفُ التُّسْعِ ، فتَصِحُّ من سِتَّة وثَلَاثِينَ ، لِلشَّفِيعِ تِسْعةٌ وعِشْرُونَ ، وللثانى خَمْسَةٌ ، وللثالث سَهْمان .

٥/٥٣ ظ

فصل : دارٌ بين أرْبَعةٍ أرْباعًا ، باعَ ثلاثةٌ منهم فى عُقودٍ مُتَفَرِّقةٍ ، ولم يَعْلَمْ شَرِيكُهُم ،

---

(١٩) فى ب : « من » .

ولا بعضُهم ببعض ، فلِلَّذى لم يَبِعْ الشُّفْعةُ فى الجَمِيعِ . وهل يَسْتَحِقُّ البائعُ[20] الثانى والثالث الشُّفْعةَ فيما باعَهُ البائِـعُ الأَوَّل والثانى[20] ؟ على وَجْهَيْـنِ . [21]وكـذلك هل يَسْتَحِقُّ الثالثُ الشُّفْعةَ فيما باعَهُ الأَوَّل والثانى ؟ على وَجْهَيْنِ[21] . وهل يَسْتَحِقُّ مُشْتَرِى الرُّبْعِ الأَوَّلِ الشُّفْعةَ فيما باعَهُ الثانى والثالثُ ؟ وهل[22] يَسْتَحِقُّ الثانى شُفْعةَ الثالثِ ؟ على ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَسْتَحِقَّانِ ؛ لأَنَّهما مالِكَانِ حالَ البَيْعِ . والثانى ، لا حَقَّ لهما ؛ لأَنَّ مِلْكَهُما مُتَزَلْزِلٌ يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعةِ ، فلا تَثْبُتُ به . والثالث ، إن عَفَا عنهما أخَذَا ، وإلَّا فلا . فإذا قُلْنا : يَشْتَرِكُ الجَمِيعُ . فلِلَّذى لم يَبِعْ ثُلُثُ كلِّ رُبْعٍ ؛ لأَنَّ له شَرِيكَيْنِ ، فصارَ له الرُّبْعُ مَضْمُومًا إلى مِلْكِه ، فكَمُلَ له النِّصْفُ ، وللبائِعِ والمُشْتَرِى[23] الأَوَّلِ الثُّلُثُ ، لكلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ ؛ لأَنَّه شَرِيكٌ فى شُفْعَةٍ . [24]وللْبائع الثانى ، والمُشْتَرِى الثانى السُّدُسُ ، لكلِّ واحدٍ منهما نصفُه ؛ لأَنَّـه شَرِيكٌ فى شُفْعَـةِ[24] بَيْـعٍ واحدٍ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ .

فصل : وإن باعَ الشَّرِيكُ نِصْفَ الشِّقْصِ لِرَجُلٍ ، ثم باعَـهُ بَقِيَّتَـهُ[25] فى صَفْقَـةٍ أُخْرَى ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أخذُ المَبِيعِ الأَولِ والثانى ، وله أخذُ أحَدِهِما دُونَ الثانى ؛ لأَنَّ لكلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِه ، فإن أخَذَ الأَوَّلَ ، لم يُشَارِكْه فى شُفْعَتِه أحدٌ ، وإن أخَذَ الثانى ، فهل يُشَارِكُه المُشْتَرِى فى شُفْعَتِه بِنَصِيبِه الأَوَّلِ ؟ فيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يُشَارِكُه فيها[26] . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّه شَرِيكٌ وقتَ

---

(20) سقط من : الأصل .

(21 - 21) سقط من : ب .

(22) فى م : « أو هل » .

(23) فى الأصل : « وللمشترى » .

(24 - 24) سقط من : م . نقلة نظر .

(25) فى الأصل : « بعينه» .

(26) سقط من : ب . وفى الأصل : « فيهما » .

البَيْعِ الثانى ، يَمْلِكُه الذى اشْتَرَاهُ أَوَّلًا . والثانى ، لا يُشَارِكُه ؛ لأَنَّ مِلْكَه على الأَوَّلِ لم يَسْتَقِرَّ ، لكَوْنِ الشَّفِيعِ يَمْلِكُ أَخْذَه . والثالث ، إن عَفَا الشَّفِيعُ عن الأَوَّلِ شَارَكَه فى الثانى ، وإن أَخَذَ بهما جَمِيعا لم يُشَارِكْه . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّه إذا عَفَا عنه ، اسْتَقَرَّ مِلْكُه ، فشَارَكَ به ، بخِلَافِ ما إذا أَخَذَ . فإن قُلْنا : يُشَارِكُ فى الشُّفْعةِ . ففى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، ثُلُثُه . والثانى ، نِصْفُه . بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ فى قِسْمَةِ الشُّفْعةِ على قَدْرِ الأَمْلاكِ أو عَدَدِ الرُّءُوسِ . فإذا قُلْنا : / يُشَارِكُه . فعَفَا له عن الأَوَّلِ ، صارَ له ثُلُثُ العَقَارِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ثَلَاثَةُ أَثْمانِه ، وباقِيه لِشَرِيكِه . وإن لم يَعْفُ عن الأَوَّلِ ، فله نِصْفُ سُدُسِه ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ثُمْنُه ، والباقِى لِشَرِيكِه . وإن باعَهُ الشَّرِيكُ الشِّقْصَ فى ثَلاثِ صَفقاتٍ مُتَساوِيَة ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَه لِثَلَاثةِ أَنْفُسٍ ، على ما شَرَحْناه . ويَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّون . وللشَّفِيعِ هٰهُنا مثلُ مالَهُ مع[27] الثَّلَاثةِ . واللهُ أعلمُ .

٥/٥٤ و

فصل : وإذا كانت دارٌ بين ثَلَاثةٍ ، فوَكَّلَ أَحَدُهُم شَرِيكَه فى بَيْعِ نَصِيبِه مع نَصِيبِه ، فباعَهما[28] لِرَجُلٍ واحِدٍ ، فلِشَرِيكِهِما الشُّفْعةُ فيهما . وهل له أَخْذُ أَحدِ النَّصِيبَيْنِ دُونَ الآخر ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهُما ، له ذلك ؛ لأَنَّ المالِكَ اثْنانِ ، فهما بَيْعانِ ، فكان له أَخْذُ نَصِيبِ أَحدِهما ، كما لو تَوَلَّيَا العَقْدَ . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأَنَّ الصَّفْقةَ واحِدَةٌ ، وفى أَخْذِ أَحَدِهِما تَبْعِيضُ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانا لِرَجُلٍ واحِدٍ . وإن وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا فى شِراءِ نِصْفِ[29] نَصِيبِ أَحدِ الشُّرَكاءِ ، فاشْتَرَى الشِّقْصَ كلَّه لِنَفسِه ولِمُوَكِّلِه ، فلِشَرِيكِه أَخْذُ نَصِيبِ أَحدِهِما ؛ لأَنَّهما مُشْتَرِيانِ ، فأَشْبَهَ ما لو وَلِيَا العَقْدَ . والفَرْقُ بين هذه الصُّورَةِ والتى قبلَها ، أَنَّ أَخْذَ أَحَدِ[29] النَّصِيبَيْنِ لا يُفْضِى إلى

(٢٧) فى ب : « على » .
(٢٨) فى ب ، م : « فباعها » .
(٢٩) سقط من : ب .

تَبْعِيضِ صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، ولأنَّه قد (٣٠ يَرْضَى شَرِكَةَ ٣٠) أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ دُون الآخَرِ .
بخِلَافِ التى قبلَها ؛ فإنَّ المُشْتَرِىَ واحِدٌ .

٨٨٢ – مسألة ؛ قال : (وعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِى ، وعُهْدَةُ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبائِعِ)

يعنى أنَّ الشَّفِيعَ إذا أخَذَ الشِّقْصَ ، فظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فرُجُوعُه بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ويَرْجِعُ[1] المُشْتَرِى على البائِعِ . وإن وَجَدَه مَعِيبًا فله رَدُّه على المُشْتَرِى ، أو أخْذُ أرْشِه منه ، والمُشْتَرِى يَرُدُّ على البائِعِ ، أو يَأْخُذُ الأَرْشَ منه ، سواءٌ قَبَضَ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى أو من البائِعِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى ، وعُثْمانُ الْبَتِّىُّ : عُهْدَةُ الشَّفِيعِ على البائعِ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ له بإيجابِ البائعِ ، فكان رُجُوعُه عليه ، كالمُشْتَرِى . وقال أبو حنيفةَ : إن أخَذَه من المُشْتَرِى ، فالعُهْدَةُ عليه ، وإن أخَذَه من البائعِ فالعُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إذا أخَذَهُ من البائعِ تَعذَّرَ قَبْضُ المُشْتَرِى ، فيَنْفَسِخُ البَيْعُ بين البائعِ والمُشْتَرِى ، فكان الشَّفِيعُ آخِذًا من البائِعِ ، مالِكًا من جِهَتِه ، فكانت عُهْدَتُه عليه . ولَنا ، أنَّ الشُّفْعةَ مُسْتَحَقَّةٌ بعدَ الشِّرَاءِ وحُصُولِ المِلْكِ للمُشْتَرِى ، ثم يَزُولُ المِلْكُ من المُشْتَرِى / إلى الشَّفِيعِ بالثَّمَنِ . فكانت العُهْدَةُ عليه ، كما لو أخَذَه منه ببَيْعٍ ، ولأنَّه مَلَكَه من جِهَةِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ ، فمَلَكَ رَدَّه عليه بالعَيْبِ ، كالمُشْتَرِى فى البَيْعِ الأوَلِ . وقِيَاسُه على المُشْتَرِى ، فى جَعْلِ عُهْدَتِه على البائعِ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ مَلَكَه من البائعِ ، بخِلَافِ الشَّفِيعِ . وأمَّا إذا أخَذَه من البائعِ ، فالبائِعُ نائِبٌ عن المُشْتَرِى فى التَّسْلِيمِ المُسْتَحَقِّ عليه . ولو انْفَسَخَ العَقْدُ بين المُشْتَرِى والبائعِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ به .

٥/٥٤ ظ

(٣٠ – ٣٠) فى الأصل : « رضى » .

(١) فى ب : « ورجوع » .

فصل : وحُكْمُ الشَّفِيعِ فى الرَّدِّ بالعَيْبِ ، حُكْمُ المُشْتَرِى من المُشْتَرِى ، وإن عَلِمَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ ، ولم يَعْلَم الشَّفِيعُ ، فلِلشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى . أو أَخْذُ أَرْشِه منه ، وليس لِلمُشْتَرِى شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الشَّفِيعُ أخذَ الأَرْشِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فإذا أَخَذَ الأَرْشَ ، فما أَخَذَه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ على المُشْتَرِى . وإن عَلِمَ الشَّفِيعُ دُونَ المُشْتَرِى ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أَرْشٌ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أَخَذَه عَالِمًا بِعَيْبِه ، فلم يَثْبُتْ له رَدٌّ ولا أَرْشٌ ، كالمُشْتَرِى إذا عَلِمَ العَيْبَ ، والمُشْتَرِى قد اسْتَغْنَى عن الرَّدِّ ، لِزَوَالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، وحُصُولِ الثمَنِ له من الشَّفِيعِ ، ولم يَمْلِكِ الأَرْشَ ؛ لأنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، ورَجَعَ إليه جَمِيعُ ثَمَنِه ، فأَشْبَهَ ما لو رَدَّه على البائعِ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أَخْذَ الأَرْشِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن الجُزْءِ الفائِتِ من المَبِيعِ ، فلم يَسْقُطْ بزَوَالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، كما لو اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ ، فتَلِفَ أَحَدُهُما ، وأَخَذَ الآخرَ . فعلى هذا ، ما يَأْخُذُه من الأَرْشِ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ من الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يَجِبُ عليه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ[2] عليه العَقْدُ ، فأَشْبَهَ ما لو أَخَذَ الأَرْشَ قبلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ منه . وإن عَلِمَا جَمِيعًا ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أَرْشٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، ورَضِىَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ فيه بهذه الصِّفَةِ . وإن لم يَعْلَمَا ، فلِلشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى ، ولِلْمُشْتَرِى رَدُّه على البائعِ ، فإن لم يَرُدَّه الشَّفِيعُ ، فلا [3]رَدَّ لِلْمُشْتَرِى[3] ؛ لما ذَكَرْنا أَوَّلًا . وإن أَخَذَ الشَّفِيعُ أَرْشَه من المُشْتَرِى ، فلِلمُشْتَرِى أَخْذُه من البائعِ . وإن لم يَأْخُذْ منه شَيْئًا ، فلا شىءَ لِلْمُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أَخْذَه ، على الوَجْهِ الذى ذَكَرْناه . فإذا أَخَذَه ، فإن كان الشَّفِيعُ لم يُسْقِطْه عن المُشْتَرِى ، سَقَطَ عنه من الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لأنَّه الثَّمنُ الذى اسْتَقَرَّ عليه البَيْعُ ، وسُكُوتُه لا يُسْقِطُ حَقَّه ، وإن أَسْقَطَه عن / المُشْتَرِى ، تَوَفَّرَ عليه ، كما لو زادَه على الثَّمَنِ باخْتِيارِه . فأمَّا إن اشْتَرَاه بالبَرَاءةِ من كلِّ عَيْبٍ ، فالصَّحِيحُ من المَذْهَبِ أنَّه[4] لا يَبْرَأُ ، فيكونُ كأنَّه لم يَبْرَأْ إليه من

٥/٥٥ و

---

(٢) فى الأصل : « يستقر » .

(٣-٣) فى م : « يرد المشترى » .

(٤) فى م : « أن » .

شىءٍ . وفى رِوَايةٍ أُخرَى ، أنَّه يَبْرَأُ ، إلَّا أن يكونَ البائعُ عَلِمَ بالعَيْبِ ، فدَلَّسَه ، واشْتَرَطَ البَرَاءَةَ . فعلى هذه الرِّوَايةِ ، إن عَلِمَ الشَّفِيعُ باشْتِرَاطِ البَرَاءةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه دَخَلَ على شِرَائِه ، فصارَ كمُشْتَرٍ ثانٍ اشْتَرَطَ[٥] البَرَاءةَ . وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، [٦]فحُكْمُه حُكْمُ ما لو عَلِمَهُ[٦] المُشْتَرِى دُونَ الشَّفِيعِ .

٨٨٣ ـ مسألة ؛ قال : (والشُّفْعَةُ لا تُورثُ ، إلَّا أنْ يَكُونَ الْمَيِّتُ طَالَبَ بِهَا)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الشَّفِيعَ إذا ماتَ قبلَ الأَخْذِ بها ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يموتَ قبلَ الطَّلَبِ بها ، فتَسْقُطُ ، ولا تَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ . قال أحمدُ : الموتُ يَبْطُلُ به ثلاثةُ أشْياء ؛ الشُّفْعةُ ، والحَدُّ إذا ماتَ المَقْذُوفُ ، والخِيَارُ إذا ماتَ الذى اشْتَرطَ الخِيَارَ لم يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ . هذه الثَّلَاثَةُ الأَشْياءِ إنَّما هى بالطَّلَبِ ، فإذا لم يَطْلُبْ ، فليس تَجِبُ ، إلَّا أن يُشْهِدَ أنِّى على حَقِّى من كذا وكذا ، وأنِّى قد طَلَبْتُه ، فإن ماتَ بعدَه ، كان لِوَارِثه الطَّلَبُ به . ورُوِىَ سُقُوطُه بالمَوْتِ عن الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ : يُورَثُ . قال أبو الخَطَّابِ ، ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ؛ لأنَّه خِيَارٌ ثابتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيُورَثُ ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، أنَّه حَقُّ فَسْخٍ ثَبَتَ[١] لا لِفَواتِ جُزْءٍ ، فلم يُورَثْ ، كالرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ، ولأنَّه نَوْعُ خِيَارٍ جُعِلَ للتَّمْلِيكِ ، أشْبَهَ خِيَارَ القَبُولِ . فأمَّا خِيَارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّه لِاسْتِدْراكِ جُزْءٍ فاتَ من المَبِيعِ . الحال الثانى ، إذا طَالَبَ بالشُّفْعةِ ثم ماتَ . فإنَّ حَقَّ الشُّفْعةِ يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ ، قولًا واحدًا . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وقد ذَكَرْنا نَصَّ أحمدَ عليه . لأنَّ الحَقَّ يَتَقَرَّرُ بالطَّلَبِ ، ولذلك لا يَسْقُطُ بتَأْخِيرِ الأَخْذِ بعدَه ، وقبلَه يَسْقُطُ . وقال القاضى : يَصِيرُ الشِّقْصُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ بِنَفْسِ المُطَالَبةِ . وقد

---

(٥) فى الأصل : « لشرط » .

(٦ - ٦) فى الأصل ، ب : « فحكمه ما لو علم » .

(١) فى الأصل : « أثبت » .

ذَكَرْنا أنَّ الصَّحِيحَ غيرُ هذا ، فإنَّه لو صَارَ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ ، لم يَصِحَّ العَفْوُ عن الشُّفْعةِ بعدَ طَلَبِها ، كما لا يَصِحُّ العَفْوُ عنها بعدَ الأخْذِ بها . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى جَمِيعِ الوَرَثَةِ على حَسَبِ مَوارِيثِهم ، لأنَّه حَقٌّ مالِىٌّ مَوْرُوثٌ ، فيَنْتَقِلُ إلى جَمِيعِهم ، كسائِرِ الحُقُوقِ المالِيَّةِ ، وسواءٌ قلنا : الشُّفْعةُ على قَدْرِ الأمْلاكِ ، أو على عَدَدِ الرُّءُوسِ ؛ لأنَّ هذا يَنْتَقِلُ إليهم من مَوْرُوثِهم . فإن تَرَكَ بعضُ الوَرَثَةِ حَقَّه ، تَوَفَّرَ[٢] الحَقُّ على سائِرِ الوَرَثَةِ ، ولم / يكُنْ لهم أن يَأْخُذُوا إلَّا الكلَّ ، أو يَتْرُكُوا ، كالشُّفَعاءِ إذا عَفَا بعضُهم عن شُفْعَتِه ؛ لأنَّا لو جَوَّزْنا أخْذَ[٣] بعضِ الشِّقْصِ المَبِيعِ ، تَبَعَّضَتِ الصَّفْقةُ على المُشْتَرِى ، وهذا ضَرَرٌ فى حَقِّه . ٥٥/٥ ظ

فصل : وإن أشْهَدَ الشَّفِيعُ على مُطَالَبَتِه بها لِلْعُذْرِ ، ثم ماتَ ، لم تَبْطُلْ ، وكان لِلْوَرَثةِ المُطَالَبَةُ بها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ الإشْهادَ على الطَّلَبِ عندَ العَجْزِ عنه ، يَقُومُ مَقَامَه ، فلم تَسْقُطِ الشُّفْعةُ بالمَوْتِ بعدَه[٤] ، كنَفْسِ الطَّلَبِ .

فصل : وإذا بِيعَ شِقْصٌ له شَفِيعانِ ، فعَفَا أحَدُهُما عنها[٥] ، وطَالَبَ الآخَرُ بها ، ثم ماتَ المُطَالِبُ[٦] ، فوَرِثَهُ العافِى ، فله أخْذُ الشِّقْصِ بها ؛ لأنَّه وارِثٌ لِشَفِيعٍ مُطَالِبٍ بالشُّفْعةِ ، فمَلَكَ الأخْذَ بها ، كالأجْنَبِىِّ . وكذلك لو قَذَفَ رَجُلٌ أُمَّهُما وهى مَيِّتَةٌ ، فعَفَا أحَدُهُما ، فطَالَبَ[٧] الآخرُ ، ثم ماتَ الطَّالِبُ ، فوَرِثَه العافِى ، ثَبَتَ له اسْتِيفاؤُه بالنِّيَابةِ عن أخِيه المَيِّتِ ، إذا قُلْنا بوُجُوبِ الحَدِّ بِقَذْفِها .

فصل : وإن ماتَ مُفْلِسٌ ، وله شِقْصٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، كان لِوَرَثَتِه الشُّفْعةُ . وهذا

---

(٢) فى م : « توافر » .
(٣) فى الأصل : « لواحد » .
(٤) فى م : « بعد » .
(٥) سقط من : م .
(٦) فى الأصل : « الطالب » .
(٧) فى ب : « أو طلب » .

مذهبُ الشافعِيِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعَةَ لهم ؛ لأنَّ الحَقَّ انْتقلَ إلى الغُرَماءِ . ولَنَا ، أنَّه بَيْعٌ فى شَرِكَةِ ما خَلَفَه مَوْرُوثُهُم من شِقْصٍ ، فكان لهم المُطَالَبةُ بِشُفْعَتِه ، كغيرِ المُفْلِسِ . ولا نُسَلِّمُ أن التَّرِكَةَ انْتَقلَتْ إلى الغُرَماءِ ، بل هى لِلْوَرَثَةِ ، بِدَلِيلِ أنَّها لو تَمَّتْ أو زَادَ ثَمَنُها ، لَحُسِبَ على الغُرَماءِ فى قَضَاءِ دُيُونِهِم ، وإنَّما تَعَلَّقَ حَقُّهُم به ، فلم يَمْنَعْ ذلك من الشُّفْعةِ ، كما لو كان[8] لرجلٍ شِقْصٌ مَرْهُونٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ به . ولو كان للمَيِّتِ دارٌ ، فَبِيعَ بعضُها فى[9] قَضَاءِ دَيْنِه ، لم يكُنْ لِلْوَرَثةِ شُفْعَةٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ لهم ، فلا يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعةَ على أنْفُسِهِم . ولو كان الوارِثُ شَرِيكًا لِلْمَوْرُوثِ ، فبِيعَ نَصِيبُ المَوْرُوثِ فى دَيْنِه ، فلا شُفْعةَ أيضا ؛ لأنَّ نَصِيبَ المَوْرُوثِ انْتَقلَ بمَوْتِه إلى الوارِثِ ، فإذا بِيعَ فقد بِيعَ مِلْكُه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ على نَفْسِه .

فصل : ولو اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، وَوَصَّى به ، ثم ماتَ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ من حَقِّ المُوصَى له ، فإذا أخَذَه ، دفَعَ الثَّمَنَ إلى الوَرَثَةِ ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ المُوصَى به [10]ذَهَبَ ، فبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو تَلِفَ ، ولا يَسْتَحِقُّ المُوصَى له بَدَلَه ؛ لأنَّه لم يُوصَ له إلَّا بالشِّقْصِ ، وقد فاتَ[10] بأخْذِه . ولو وَصَّى رَجُلٌ[11] لإنسانٍ بِشِقْصٍ ، ثم مات ، فبِيعَ فى تَرِكَتِه شِقْصٌ قبلَ قَبُولِ المُوصَى له ، فالشُّفْعةُ / لِلْوَرَثةِ فى الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ المُوصَى به لا يَصِيرُ لِلْوَصِيِّ إلَّا بعدَ القَبُولِ ، ولم يُوجَدْ ، فيكونُ باقِيًا على مِلْكِ الوَرَثَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ للمُوصَى[12] إذا قُلْنا : إن المِلْكَ يَنْتَقِلُ إليه بمُجَرَّدِ المَوْتِ . فإذا قَبِلَ الوَصِيَّةَ ، اسْتَحَقَّ المُطَالَبةَ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أن المِلْكَ كان له ، فكان المَبِيعُ[13] فى شَرِكَتِه . ولا يَسْتَحِقُّ المُطَالَبةَ قبلَ القَبُولِ ؛ لأنَّا لا

٥٦/٥ و

(٨) فى م زيادة : « للميت » .

(٩) فى الأصل : « ثم » .

(١٠-١٠) سقط م : ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فى الأصل ، م : « للوصى » .

(١٣) فى الأصل : « البيع » .

نَعْلَمُ أن المِلْكَ له قبلَ القَبُولِ ، وإنَّما يَتَبَيَّنُ ذلك بقَبُولِه . فإن قَبِلَ تَبَيَّنَّا [14] أنَّه كانَ [14] له . وإن رَدَّ ، تَبَيَّنَّا أنَّه كان لِلْوَرَثِةِ . ولا تَسْتَحِقُّ الوَرَثَةُ المُطَالَبَةَ أيضا ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أنَّ لهم المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ ، وبَقَاءُ الحَقِّ لهم . ويُفارِقُ المُوصَى له من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ منه . والثانى ، أنَّه يُمْكِنُه أن يَقْبَلَ ثم يُطَالِبَ ، بخِلَافِ الوارِثِ ؛ فإنَّه لا سَبِيلَ له إلى فِعْلِ ما يُعْلَمُ به [15] ثُبُوتَ المِلْكِ له أو لغيرِه . فإذا طَالَبُوا ، ثم قَبِلَ الوَصِىُّ [16] الوَصِيَّةَ ، كانت الشُّفْعةُ له ، ويَفْتَقِرُ إلى الطَّلَبِ منه ؛ لأنَّ الطَّلَبَ الأوَلَ تَبَيَّنَ [17] أنَّه من غيرِ المُسْتَحِقِّ . وإن قُلْنا بالرِّوَايةِ الأُولَى ، فطَالَبَ الوَرَثَةُ بالشُّفْعةِ ، فلهم الأخْذُ بها . وإن قَبِلَ الوَصِىُّ أخَذَ الشِّقْصَ المُوصَى به ، دون الشِّقْصِ المَشْفُوعِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ المُوصَى به إنَّما انْتَقَلَ إليه بعدَ الأخْذِ بشُفْعَتِه ، فأشْبَهَ مالو أخَذَ [18] بها المُوصِى فى حَيَاتِه . وإن لم يُطَالِبُوا بالشُّفْعةِ حتى قَبِلَ المُوصَى لَهُ [19] ، فلا شُفْعةَ للمُوصَى له ؛ لأنَّ البَيْعَ وَقَعَ قبل ثُبُوتِ المِلْكِ له [19] ، وحُصُولِ شَرِكَتِه . وفى ثُبُوتِها للوَرَثَةِ وَجْهانِ ، بِنَاءً على ما لو باعَ الشَّفِيعُ نَصِيبَه قبلَ عِلْمِه بِبَيْعِ شَرِيكِه .

فصل : ولو اشْتَرَى رَجُلٌ شِقْصًا ، ثم ارْتَدَّ فقُتِلَ أو ماتَ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ بالشِّراءِ ، وانْتِقَالُه إلى المُسْلِمِينَ بقَتْلِه أو مَوْتِه لا يَمْنَعُ الشُّفْعةَ ، كما لوماتَ على الإسْلامِ ، فوَرِثَه [20] وَرَثَتُه ، أو صارَ مالُه لِبَيْتِ المالِ ، لِعَدَمِ وَرَثَتِه ، والمُطَالِبُ بالشُّفْعةِ وَكِيلُ بَيْتِ المالِ .

(14 - 14) فى ب : « أن ذلك » .

(15) سقط من : الأصل ، ب .

(16) سقط من : الأصل . وفى ب : « الموصى » .

(17) فى الأصل ، م : « يتبين » .

(18) فى الأصل : « أخذه » .

(19) فى م : « به » .

(20) فى ب ، م : « فورثته » .

فصل : وإذا اشْتَرَى المُرْتَدُّ شِقْصًا ، فتصرُّفُه مَوْقُوفٌ ، فإن قُتِلَ على رِدَّتِه أو ماتَ عليها ، تَبيَّنَّا أنَّ شِرَاءَه باطِلٌ ، ولا شُفْعةَ فيه ، وإن أسْلَمَ ، تَبيَّنَّا صِحَّتَه ، وثُبُوتَ الشُّفْعةِ فيه . وقال أبو بكرٍ : تَصرُّفُه غير صَحِيحٍ فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ بِرِدَّتِه ، فإذا أسْلَمَ عادَ إليه تَمْلِيكًا مُسْتَأْنَفًا . وقال الشافِعِيُّ ، وأبو يوسفَ : تَصرُّفُه صَحِيحٌ فى الحالَيْنِ ، وتَجِبُ الشُّفْعةُ فيه . ومَبْنَى الشُّفْعَةِ هٰهُنا على صِحَّةِ تَصرُّفِ المُرْتَدِّ ، ويُذْكَرُ فى غيرِ هذا المَوْضعِ[21] . وإن بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ المُرْتَدِّ ، وكان المُشْتَرِى كافِرًا ، فأخَذَ[22] بالشُّفْعةِ ، انْبَنَى على ذلك / أيضا ؛ لأنَّ أخْذَه بالشُّفْعةِ[23] شِرَاءٌ لِلشِّقْصِ من المُشْتَرِى ، فأشْبَه شِرَاءَه لغيرِه . وإن ارْتَدَّ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ، وقُتِلَ بالرِّدَةِ أو ماتَ عليها ، انْتقَلَ مالُه إلى المُسْلِمِينَ ، فإن كان طَالَبَ بالشُّفْعةِ ، انْتَقَلَتْ أيضا إلى المُسْلِمِينَ ، يَنْظُرُ فيها الإمامُ أو نائِبُه . وإن قُتِلَ أو ماتَ قبلَ طَلَبِها ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، كما لو ماتَ على إسْلامِه . ولو ماتَ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ، ولم يَخْلُفْ وارِثًا سِوَى بَيْتِ المالِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى المُسْلِمِينَ إن ماتَ بعد الطَّلَبِ ، وإلَّا فلا .

٥/٥٦ظ

٨٨٤ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ أَذِنَ الشَّرِيكُ فِى الْبَيْعِ ، ثُمَّ طَالَبَ[1] بالشُّفْعةِ بَعْدَ وُقُوعِ الْبَيْعِ ، فَلَهُ ذٰلِكَ)

وجملةُ ذلك أنَّ الشَّفِيعَ إذا عَفَا عن الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، فقال : قد أَذِنْتُ فى البَيْعِ ، أو قد[2] أسْقَطْتُ شُفْعَتِي . أو ما أشْبَهَ ذلك ، لم تَسْقُطْ ، وله المُطَالَبَةُ بها متى وُجِدَ البَيْعُ . هذا[3] ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهو مذهبُ مالكٍ ، والشَّافِعِيِّ ، والْبَتِّيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . ورُوِى عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ[3] الشُّفْعةَ تَسْقُطُ بذلك ؛ فإنَّ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، قال : قلتُ

---

(٢١) فى م : « الموضوع » .
(٢٢) فى الأصل : « فأخذه » .
(٢٣) فى ب : « للشفعة » .
(١) فى م : « طلب » .
(٢) سقط من : م . وفى ب : « قال قد » .
(٣) سقط من : ب .

لأحمدَ : ما مَعْنَى قولِ النَّبيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَه وبَيْنَ أَخِيهِ رَبْعَةٌ ، فأَرَادَ بَيْعَها ، فَلْيَعْرِضْها عَلَيْهِ » . وقد جاءَ فى بعضِ الحَدِيثِ : « وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْرِضَهَا عَلَيْهِ » . إذا كانت الشُّفْعَةُ ثابتَةً له ؟ فقال : ما هو بِبَعِيدٍ مِن أن يكُونَ على ذلك ، وأن لا تكونَ له الشُّفْعةُ . وهذا قولُ الحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى خَيْثَمَةَ ، وطائِفَةٍ من أَهْلِ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد اخْتَلَفَ فيه[4] عن أحمدَ ، فقال مَرَّةً : تَبْطُلُ شُفْعَتُه . وقال مَرَّةً : لا تَبْطُلُ . واحْتَجُّوا بقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِى أَرْضٍ ؛ رَبْعَةٍ ، أو حَائِطٍ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وإِنْ شَاءَ تَرَكَ »[5] . ومُحَالٌ أن يقولَ النبىُّ ﷺ : « ومن شَاءَ تَرَكَ » . فلا يكونُ لِتَرْكِه مَعْنًى . ومَفْهُومِ قولِه : « فَإِنْ بَاعَ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » أنَّه إذا باعَهُ بإذْنِه لا حَقَّ له . ولأنَّ الشُّفْعةَ تَثْبُتُ فى مَوْضِعِ الاتِّفاقِ على خِلَافِ الأصْلِ ، لكَوْنِه يأْخُذُ مِلْكَ المُشْتَرِى من غيرِ رِضَائِه ، ويُجْبِرُه على المُعاوَضةِ به ، لِدُخُولِه مع البائِعِ فى العَقْدِ ، الذى أساءَ فيه بإدْخالِه الضَّرَرَ على شَرِيكِه ، وتَرْكِه الإِحْسانَ إليه فى عَرْضِه عليه . وهذا المَعْنَى مَعْدُومٌ هٰهُنا ، فإنَّه قد عَرَضَه عليه ، وامْتِناعُه من أَخْذِه دَلِيلٌ على عَدَمِ الضَّرَرِ فى حَقِّه بِبَيْعِه ، وإن كان فيه ضَرَرٌ / فهو أدْخَلَه على نَفْسِه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ ، كما لو أَخَّرَ المُطَالبةَ بعدَ البَيْعِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه إسْقاطُ حَقٍّ قبلَ وُجُوبِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أَبْرَأَهُ ممَّا يَجِبُ له ، أو[6] أسْقَطَتِ المَرْأَةُ صَدَاقَها قبلَ التَّزْوِيجِ . وأمَّا الخَبَرُ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ العَرْضَ عليه ، لِيَبْتاعَ ذلك إن أرادَ ، فتَخِفَّ عليه المُؤْنَةُ ، ويَكْتَفِىَ بأخْذِ المُشْتَرِى الشِّقْصَ ، لا إسْقَاطِ حَقِّه من شُفْعَتِه .

٥٧/٥ و

فصل : إذا تَوَكَّلَ الشَّفِيعُ فى البَيْعِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بذلك ، سواءٌ كان وَكِيلَ البائِعِ أو المُشْتَرِى . ذَكَرَه الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىِّ . وقال

---

(٤) أى النقل .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ . عند أبى داود .

(٦) فى ب زيادة : « لو » .

القاضى ، وبعضُ الشّافِعِيَّة : إن كان وَكِيلَ البائع ، فلا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه تَلْحَقُه التُّهْمةُ فى البَيْعِ ، لكَوْنِه يَقْصِدُ تَقْليلَ الثَّمَنِ ، ليأْخُذَ به[7] ، بخِلَافِ وَكِيلِ المُشْتَرِى . وقال أصْحابُ الرَّأْى : لا شُفْعةَ لِوَكِيلِ المُشْتَرِى ، بناءً على أصْلِهِم أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، فلا يَسْتَحِقُّ على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ ، فلا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ، كالآخَرِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ . إنَّما يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ ، ثم لو انْتَقَلَ إلى الوَكِيلِ لمَا ثَبَتَتْ[8] فى مِلْكِه ، إنَّما يَنْتَقِلُ فى الحالِ إلى المُوَكِّلِ ، فلا يكونُ الأَخْذُ من نَفْسِه ، ولا الاسْتِحْقاقُ عليها . وأمَّا التُّهْمةُ فلا تُؤَثِّرُ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ وَكَّلَه مع عِلْمِه بثُبُوتِ شُفْعَتِه[9] ، راضِيًا بتَصَرُّفِه مع ذلك ، فلا يُؤَثِّرُ ، كما لو[10] أَذِنَ لِوَكِيلِه[11] فى الشِّراءِ من نَفْسِه . فعلى هذا ، لو قال لِشَرِيكِه : بِعْ نِصْفَ نَصِيبِى مع نِصْفِ نَصِيبِكَ . ففَعَلَ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ لكلِّ واحِدٍ منهما فى المَبِيعِ من نَصِيبِ صاحِبِه . وعند القاضى تَثْبُتُ فى نَصِيبِ الوَكِيلِ ، دُونَ نَصِيبِ المُوَكِّلِ .

فصل : وإن ضَمِنَ الشَّفِيعُ العُهْدةَ لِلمُشْتَرِى ، أو شَرَطَ له الخِيَارَ فاخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : تَسْقُطُ ؛ لأنَّ العَقْدَ تَمَّ به ، فأشْبَهَ البائعَ إذا باعَ بعضَ نَصِيبِ نَفْسِه . ولَنا ، أنَّ هذا سَبَبٌ سَبَقَ وُجُوبَ الشُّفْعةِ ، فلم تَسْقُطْ به[12] الشُّفْعةُ ، كالإِذْنِ فى البَيْعِ ، والعَفْوِ عن الشُّفْعةِ قبلَ تَمامِ البَيْعِ . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ البَيْعَ لا يَقِفُ على الضَّمانِ ، ويَبْطُلُ بما إذا كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فإنَّ البَيْعَ قد[13] تَمَّ به ، وتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ بِقَدْرِ نَصِيبِه .

---

(7) فى ب : « منه » .
(8) فى الأصل زيادة : « له » .
(9) فى ب : « الشفعة له » .
(10) فى ب زيادة : « وكله » .
(11) فى م : « لوكيل » .
(12) سقط من : ب .
(13) سقط من : الأصل ، ب .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين ثلاثةٍ ، فقَارَضَ واحدٌ منهم أحَدَ شَرِيكَيْه بألْفٍ ، فاشْتَرَى به نِصْفَ[١٤] نَصِيبِ الثالثِ ، لم تَثْبُتْ فيه شُفْعَةٌ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ رَبُّ المالِ ، والآخَرَ العامِلُ ، فهما كالشَّرِيكَيْنِ فى المَتاعِ ، فلا يَسْتَحِقُّ أحَدُهُما على الآخَرِ شُفْعَةً . وإن باعَ الثالثُ باقِىَ نَصِيبِه لأَجْنَبِىٍّ ، كانت الشُّفْعةُ مُسْتَحَقَّةً بينهم أخْماسًا ، لِرَبِّ المالِ خُمْسَاها ، ولِلعامِلِ خُمْساها ، ولمالِ المُضَارَبَةِ خُمْسُها بالسُّدُسِ الذى له ، فيُجْعَلُ مالُ المُضَارَبَةِ كشَرِيكٍ آخرَ ؛ لأنَّ حُكْمَه مُتَمَيِّزٌ عن مالِ كلِّ واحِدٍ منهما .

٥٧/٥ ظ

فصل : فإن كانت الدارُ بين ثلاثةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أجْنَبِىٌّ نَصِيبَ أحَدِهم ، فطَالَبه أحدُ الشَّرِيكَيْنِ بالشُّفْعةِ ، [١٥]فقال : إنَّما اشْتَرَيْتُه لِشَرِيكِكَ . لم تُؤَثِّرْ هذه الدَّعْوَى فى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ من الشُّفْعةِ[١٥] ، فإنَّ الشُّفْعةَ بين الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَيْنِ ، سواءٌ اشْتَراها الأجْنَبِىُّ لِنَفْسِه ، أو لِلشَّرِيكِ الآخَرِ . وإن تَرَكَ المُطَالِبُ بالشُّفْعةِ حَقَّه منها ، بناءً على هذا القولِ ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه . وإن أخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ لذلك ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُ المُشْتَرِى ، وعَفَا الشَّرِيكُ عن شُفْعَتِه ، فله أخْذُ نَصِيبِه من الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ اقْتِصارَه على أخْذِ النِّصْفِ بُنِىَ[١٦] على خَبَرِ المُشْتَرِى ، فلم يُؤَثِّرْ فى[١٤] إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، واسْتَحَقَّ أخْذَ الباقِى لِعَفْوِ[١٧] شَرِيكِه عنه . وإن امْتَنَعَ من أخْذِ الباقِى ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه كلُّها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ تَبْعِيضَ صَفْقةِ المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْقُطَ حَقُّه من النِّصْفِ الذى أخَذَه ، ولا يَبْطُلَ أخْذُه له ؛ لأنَّ المُشْتَرِى أقَرَّ بما تَضَمَّنَ اسْتِحْقاقَه لذلك ، فلا يَبْطُلُ بِرُجُوعِه عن إقْرارِه . وإنْ أنْكَرَ الشَّرِيكُ كونَ الشِّراءِ له ، وعَفَا عن شُفْعَتِه ، وأصَرَّ المُشْتَرِى على الإقْرارِ لِلشَّرِيكِ به[١٤] ، فلِلشَّفِيعِ أخذُ الكُلِّ ؛ لأنَّه لا مُنازِعَ له فى

---

(١٤) سقط من : ب .

(١٥ – ١٥) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٦) فى ب : « ابنى » .

(١٧) فى الأصل : « بعفو » .

اسْتِحْقاقِه ، وله الاقْتِصارُ على النِّصْفِ ؛ لإقْرارِ المُشْتَرِى له بِاسْتِحْقاقِ ذلك .

فصل : وإن قال أحدُ الشَّفِيعَيْنِ لِلمُشْتَرِى : شِرَاؤُكَ باطِلٌ . وقال الآخرُ : هو صَحِيحٌ . فالشُّفْعةُ كلُّها لِلمُعْتَرِفِ بالصِّحَّةِ . وكذلك إن قال : ما اشْتَرَيْتَه ، إنَّما اتَّهَبْتَه . وصَدَّقَه الآخَرُ أنَّه اشْتَراه ، فالشُّفْعةُ لِلمُصَدِّقِ بالشِّراءِ ؛ لأنَّ شَرِيكَه مُسْقِطٌ لِحَقِّه بِاعْتِرافِه أنَّه لا بَيْعَ [18]أو لا بَيْعَ[18] صَحِيحٌ . ولو احْتالَ المُشْتَرِى على إسْقاطِ الشُّفْعةِ بحِيلَةٍ لا تُسْقِطُها ، فقال أحَدُ الشَّفِيعَيْنِ : قد أسْقَطْتُ[19] الشُّفْعةَ . تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ ، لِاعْتِرافِ صاحِبِه بِسُقُوطِها . ولو تَوَكَّلَ أحدُ الشَّفِيعَيْنِ فى البَيْعِ أو الشِّراءِ[20] ، أو ضَمِنَ عُهْدَةَ المَبِيعِ ، أو عَفَا عن الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، وقال : لا شُفْعةَ لى . كذلك[21] تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ . [22]وإن اعْتَقَدَ أنَّ له شُفْعةً ، وطَالَبَ بها ، فارْتَفَعا[23] إلى حاكِمٍ ، فحَكَمَ بأنَّه لا شُفْعةَ له ، تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ[22] ؛ / لأنَّها سَقَطَتْ بحُكْمِ الحاكِمِ ، فأشْبَهَ ما لو سَقَطَتْ بإسْقاطِ المُسْتَحِقِّ . ٥٨/٥و

فصل : إذا ادَّعَى رَجُلٌ على آخرَ ثُلُثَ دارِه ، فأنْكَرَهُ[24] ، ثم صَالَحه عن دَعْواه بِثُلُثِ دارٍ أُخْرَى ، صَحَّ ، ووَجَبَتِ الشُّفْعةُ فى الثُّلُثِ[25] المُصَالَحِ به ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَزْعُمُ أنَّه مُحِقٌّ فى دَعْواه ، وأنَّ ما أخَذَه عِوَضٌ عن الثُّلُثِ الذى ادَّعاه ، فلَزِمَهُ حُكْمُ دَعْواه ووَجَبَتِ الشُّفْعةُ ، ولا شُفْعةَ على المُنْكِرِ فى الثُّلُثِ المُصَالَحِ عنه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه على مِلْكِه لم يَزُلْ ، وإنَّما دَفَعَ ثُلُثَ دارِه إلى المُدَّعِى اكْتِفاءً لِشَرِّه ، ودَفْعًا لِضَرَرِ الخُصُومةِ واليَمِينِ على نَفْسِه ، فلم تَلْزَمْهُ فيه شُفْعةٌ . وإن قال المُنْكِرُ لِلمُدَّعِى : خُذ الثُّلُثَ الذى

(18-18) سقط من : م .
(19) فى ب ، م : « سقطت » .
(20) فى ب : « والشراء » .
(21) فى النسخ : « لذلك » .
(22-22) سقط من : الأصل . نقلة نظر .
(23) فى الأصل ، م : « فارتفع » .
(24) فى م : « فأنكر » .
(25) سقط من : الأصل .

تَدَّعِيه بِثُلُثِ دَارِكَ . ففعَلَ ، فلا شُفْعةَ على المُدَّعِى فيما أخذَه ، وعلى المُنْكِرِ الشُّفْعةُ فى الثُّلُثِ الذى أخذَه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه أخذَه عِوَضًا عن مِلْكِه الثابتِ له . وقال أصْحابُ الشّافِعِيِّ : تَجِبُ الشُّفْعةُ[26] فى الثُّلُثِ الذى أخذَه المُدَّعِى أيضا ؛ لأنَّهما مُعاوَضَةٌ من الجانِبَيْنِ بشِقْصَيْنِ ، فوَجَبَتِ الشُّفْعةُ[26] فيهما ، كما لو كانت بين مُقِرَّيْنِ . ولَنا ، أنَّ المُدَّعِىَ يَزْعُمُ أنَّ ما أخذَه كان مِلْكًا له قبلَ الصُّلْحِ ، ولم يَتَجَدَّدْ[27] له عليه مِلْكٌ ، وإنَّما اسْتَنْقَذَه بصُلْحِه[28] ، فلم تَجِبْ فيه شُفْعةٌ كما لو أقَرَّ به[29] .

فصل : إذا كانت دارٌ بين ثَلَاثَةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أحَدُهُم نَصِيبَ أحدِ شَرِيكَيْه ، ثم باعَه لأجْنَبِىٍّ ، ثم عَلِمَ شَرِيكُه ، فله أن يَأْخُذَ بالعَقْدَيْنِ ، وله الأخْذُ[30] بأحَدِهما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما . فإن أخَذَ بالعَقْدِ الثانى ، أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ مُشْتَرِيه ؛ لأنَّه لا شَرِيكَ له فى شُفْعَتِه . وإن أخَذَ بالعَقْدِ[30] الأوَّلِ[31] ، ولم يَأْخُذْ بالثانى ، أخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ ، وهو السُّدُسُ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ شَرِيكُه فى شُفْعَتِه ، ويَأْخُذُ نِصْفَه من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، ونِصْفَه من المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّ شَرِيكَه لمَّا اشْتَرَى الثُّلُثَ ، كان بينهما نِصْفَيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما السُّدُسُ ، فإذا باعَ الثُّلُثَ من جَمِيعِ ما فى يَدِه ، وفى يَدِه ثُلُثانِ ، فقد باعَ نِصْفَ ما فى يَدِه ، والشَّفِيعُ يَسْتَحِقُّ رُبْعَ ما فى يَدِه ، وهو السُّدُسُ ، فصارَ مُنْقَسِمًا فى يَدَيْهِما نِصْفَيْنِ ، فيَأْخُذُ من كلِّ واحِدٍ منهما نِصْفَه ، وهو نِصْفُ السُّدُسِ ، ويَدْفَعُ ثَمَنَه إلى الأوَّلِ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمنِ الذى اشْتَرَى به ، وتكونُ المَسْأَلةُ من اثْنَىْ عَشَرَ ، ثم تَرْجِعُ إلى أرْبَعَةٍ ، لِلشَّفِيعِ نِصْفُ الدّارِ ، ولكلِّ واحِدٍ من الآخَرَيْنِ الرُّبْعُ . وإن أخَذَ بالعَقْدَيْنِ ، أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ الثانى ، ورُبْعَ ما فى يَدِ الأوَّلِ ، فصارَ له

(٢٦ – ٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٧) فى ب : « يجدد » .

(٢٨) فى م : « بعلمه » .

(٢٩) فى ب : « له » .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى الأصل : « بالأول » .

ثَلَاثَةُ أَرْباعِ الدَّارِ ، ولِشَرِيكِه الرُّبْعُ ، ويَدْفَعُ إلى الأَوَّلِ نِصفَ الثَّمنِ الأَوَّلِ ، ويَدفَعُ إلى الثانى ثَلَاثَةَ / أَرْباعِ[٣٢] الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بِرُبْعِ الثَّمنِ الثانى[٣٣] ؛ لأنَّه يَأْخُذُ نِصْفَ ما اشْتَراهُ الأوَّلُ ، وهو السُّدُسُ ، فيَدْفَعُ إليه نِصْفَ الثمنِ لذلك ، وقد صارَ نِصفُ هذا النِّصْفِ فى يَدِ الثانِى ، وهو رُبْعُ ما فى يَدِه ، فيَأْخُذُه منه ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بثَمَنِه ، وبَقِىَ المأْخُوذُ من الثانى ثَلَاثَةَ أَرْباعِ ما اشْتَراه ، فأَخَذَها منه ، ودَفَعَ إليه ثَلاثةَ أرْباعِ الثَّمنِ . وإن كان المُشْتَرِى الثانى هو البائِعَ الأوَّلَ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا ، لا يَخْتَلِفُ . وإن كانت الدارُ بين الثَّلاثةِ أَرْباعًا ، لأَحدِهم نِصفُها ، وللآخَرَيْنِ نِصفُها بينهما ، فاشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ من أحدِ شَرِيكَيْه رُبْعَه ، ثم باعَ رُبْعًا ممَّا فى يَدِه لأَجْنَبِىٍّ ، ثم عَلِمَ شَرِيكُه فأَخَذ بالبَيْعِ الثانى ، أَخَذَ جَمِيعَه ، ودَفَعَ إلى المُشْتَرِى ثَمَنَه . وإن أَخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ وَحدَه ، أَخَذَ ثُلُثَ المَبِيعِ ، وهو نِصفُ سُدُسٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كلَّه رُبْعٌ ، فثُلُثُه نِصْفُ سُدُسٍ ، يَأْخُذُ ثُلُثَه[٣٤] من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، وثُلُثَه من الثانى ، ومَخْرَجُ ذلك من سِتَّةٍ وثَلَاثِينَ ، النِّصْفُ ثَمانِيةَ عَشَرَ ، ولكلِّ واحدٍ منهما تِسْعَةٌ ، فلما اشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ تِسْعةً ، كانت شُفْعَتُها بينه وبينَ شَرِيكِه الذى لم يَبِعْ أَثْلاثًا ، لِشَرِيكِه ثُلُثُها ثَلَاثَة ، فلمَّا باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ، حَصَلَ فى المَبِيعِ من الثَّلَاثةِ ثُلُثُها ، وهو سَهْمٌ بَقِىَ فى يَدِ البائعِ منها سَهْمانِ ، فتُرَدُّ الثَّلاثةُ إلى الشَّرِيكِ ، ويَصِيرُ فى يَدِه اثْنا عَشَرَ ، وهى الثُّلُثُ ، ويَبْقَى فى يَدِ المُشْتَرِى الثانى ثَمانِيةٌ ، وهى تُسْعانِ[٣٥] ، وفى يَدِ صاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وهى أَرْبَعَةُ أَتْساعٍ[٣٦] ، ويَدْفَعُ الشَّرِيكُ الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى الأَوَّلِ[٣٧] ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى عليه بِتُسْعِ الثَّمنِ الذى

٥٨/٥ ظ

---

(٣٢) فى ب زيادة : « الثمن » .

(٣٣) فى الأصل : « الأول ثانى مرة » .

(٣٤) فى الأصل : « ثلثيه » .

(٣٥) فى الأصل : « سبعان » .

(٣٦) فى الأصل : « أسباع » .

(٣٧) فى ب : « الثانى » .

اشْتَرَى به ؛ لأنَّه قد أخَذَ منه تُسْعَ مَبِيعِه . وإن أخَذَ بالعَقْدَيْنِ ، أخَذَ من الثانى جَمِيعَ ما فى يَدِه ، وأخَذَ من الأوَّلِ نِصْفَ التُّسْعِ ، وهو سَهْمانِ ، من سِتَّةٍ وثَلَاثِينَ ، فيَصِيرُ فى يَدِه عِشْرُونَ سَهْمًا ، وهى خَمْسةُ أتْساعٍ[38] ، ويَبْقَى فى يَدِ الأوَّلِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا ، وهى أرْبعةُ أتْساعٍ[38] ، ويَدْفَعُ إليه ثُلُثَ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَدْفَعُ إلى الثانى ثَمانِيةَ أتْساعٍ[38] الثَّمَنِ الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بِتُسْعِ الثَّمَنِ الثانى .

فصل : إذا كانت دارٌ بين ثَلَاثةٍ ، لِزَيْدٍ نِصْفُها ، ولِعَمْرٍو ثُلُثُها ، ولِبَكْرٍ سُدُسُها ، فاشْتَرَى بَكْرٌ من زَيْدٍ ثُلُثَ الدارِ ، ثم باعَ عَمْرًا سُدُسَها / ، ولم يَعْلَمْ عَمْرٌو [39] بشِرَاهُ للثُّلُثِ[39] ، ثم عَلِمَ ، فله المُطَالَبةُ بحَقِّه من شُفْعةِ الثُّلُثِ ، وهو ثُلُثاه ، وذلك تُسْعَا الدَّارِ ، فيَأْخُذُ من بَكْرٍ ثُلُثَىْ ذلك ، وقد حَصَلَ ثُلُثُه الباقِى فى يَدِه بشِرَائِه للسُّدُسِ ، فيَفْسَخُ بَيْعَه فيه ، ويَأْخُذُه بشُفْعةِ البَيْعِ الأوَّلِ ، ويَبْقَى من مَبِيعِه خَمْسةُ[40] أتْساعِه ، لِزَيْدٍ ثُلُثُ شُفْعَتِه ، فيَقْسَمُ بينهما أثْلاثًا . وتَصِحُّ المَسْأَلَةُ من مائةٍ واثْنَيْنِ وسِتِّينَ سَهْمًا ، الثُّلُثُ المَبِيعُ أرْبَعةٌ وخَمْسُونَ سَهْمًا[41] ، لِعَمْرٍو ثُلُثاها بِشُفْعَتِه سِتَّةٌ وثَلَاثُونَ سَهْمًا ، يأْخُذُ ثُلُثَيْها من بَكْرٍ ، وهى أرْبَعةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا ، وثُلُثُها فى يَدِه اثْنَا عَشَرَ سَهْمًا ، والسُّدُسُ الذى اشْتَراه سَبْعةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا[42] ، قد أخَذَ منها اثْنَىْ عَشَرَ بالشُّفْعةِ ، بَقِىَ منها خَمْسَةَ عَشَرَ ، له ثُلُثاها عَشَرَةٌ ، ويَأْخُذُ منها زَيْدٌ خَمْسةً ، فحَصَلَ لِزَيْدٍ اثْنانِ وثَلَاثُونَ سَهْمًا ، ولِبَكْرٍ ثَلاثُونَ سَهْمًا ، ولِعَمْرٍو مائةُ سَهْمٍ ، وذلك نِصْفُ الدّارِ وتُسْعُها ونِصْفُ تُسْعٍ[42] تُسْعِها ، ويَدْفَعُ عَمْرٌو إلى بَكْرٍ ثُلُثَىِ الثَّمنِ فى البَيْعِ[42]

(38) فى الأصل : « أسباع » .

(39) فى ب ، م : « بشراء الثلث » .

(40) سقط من : ب .

(41) سقط من : الأصل ، ب .

(42) سقط من : الأصل .

الأَوَّلِ ، وعليه وعلى زَيْدٍ خَمْسةُ أَتْساعِ الثمَنِ الباقى بينهما أثْلاثًا . وإن عَفَا عَمْرٌو عن شُفْعةِ الثُّلُثِ ، فشُفْعَةُ السُّدُسِ الذى اشْتَراه بينه وبين زَيْدٍ أثْلاثًا ، ويَحْصُلُ لِعَمْرو أَرْبَعةُ أتْساعِ الدَّارِ ، ولزَيْدٍ[43] تُسْعاها ، ولِبَكْرٍ ثُلُثُها ، وتَصِحُّ من تِسْعةٍ[44] ، وإن باعَ بَكْرٌ السُّدُسَ لأجْنَبِىٍّ ، فهو كبَيْعِه إيَّاه لِعَمْرٍو ، إلّا أنَّ لِعَمْرٍو العَفْوَ عن شُفْعَتِه فى السُّدُسِ ، بخِلَافِ ما إذا كان هو المُشْتَرِى ، فإنَّه لا يَصِحُّ عَفْوُه عن نَصِيبِه منها . وإن باعَ بَكْرٌ الثُّلُثَ لأجْنَبِىٍّ ، فلِعَمْرٍو ثُلُثَا شُفْعةِ المَبِيعِ الأَوَّلِ ، وهو التُّسْعانِ[45] ، يَأْخُذُ ثُلُثَهُما من بَكْرٍ ، وثُلُثَهُما[46] من المُشْتَرِى الثانى ، وذلك تُسْعٌ وثُلُثُ تُسْعٍ ، يَبْقَى فى يَدِ الثانى سُدُسٌ وسُدُسُ تُسْعٍ ، وهو عَشَرةٌ من أَرْبَعةٍ وخَمْسِينَ بين عَمْرٍو وزَيْدٍ أثْلاثًا . وتَصِحُّ أيضا من مائةٍ واثْنَيْنِ وسِتِّينَ ، ويَدْفَعُ عَمْرٌو إلى بَكْرٍ ثُلُثَىْ ثَمَنِ مَبِيعِه ، ويَدْفَعُ هو وزَيْدٌ إلى المُشْتَرِى الثانى ثَمَنَ خَمْسَةِ أَتْساعِ[47] مَبِيعِه بينهما أثْلاثًا ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على بَكْرٍ بثَمَنِ أَرْبعَةِ أَتْساعِ مَبِيعِه . وإن لم يَعْلَمْ عَمْرٌو حتى باعَ ممَّا فى يَدِه[48] سُدْسًا ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، فى أحدِ الوُجُوه ، وله أن يَأْخُذَ بها كما لو لم يَبِعْ شيْئًا . الثانى ، تَبْطُلُ شُفْعَتُه كلُّها . والثالث ، تَبْطُلُ فى قَدْرِ ما باعَ ، وتَبْقَى فيما لم يَبِعْ . وقد ذَكَرْنا تَوْجِيهَ هذه الوُجُوه . فأمَّا / شُفْعَةُ ما باعَه ففيها ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّها بين المُشْتَرِى الثانى وزَيْدٍ وبَكْرٍ أرْباعًا ، لِلمُشْتَرِى نِصْفُها ، ولكلِّ واحِدٍ منهما رُبْعُها ، على قَدْرِ[49] أمْلاكِهِم حين بَيْعِه . والثانى ، أنَّها بين زَيْدٍ وبَكْرٍ ، على أَرْبَعة عَشَرَ سَهْمًا ، لِزَيْدٍ تِسْعَةٌ ، ولِبَكْرٍ خَمْسةٌ ؛ لأنَّ لِزَيْدٍ السُّدُسَ ، ولِبَكْرٍ سُدُسٌ يَسْتَحِقُّ منه أَرْبَعَةَ أَتْساعِه[50] بالشُّفْعةِ ، فيَبْقَى معه خَمْسَةَ أَتْساعِ[51] السُّدُسِ ، مِلْكُه مُسْتَقِرٌّ عليها ، فأضَفْناه إلى سُدُسِ زَيْدٍ ،

٥٩/٥ظ

---

(٤٣) فى ب ، م : « لزيد » دون الواو .
(٤٤) فى الأصل : « سبعة » خطأ .
(٤٥) فى الأصل : « السبعان » .
(٤٦) فى الأصل : « وثلثيها » .
(٤٧) فى م : « أسباع » .
(٤٨) فى الأصل : « يديه » .
(٤٩) سقط من : م .
(٥٠) فى الأصل : « أسباعه » .
(٥١) فى الأصل : « أسباع » .

وقَسَمْنا الشُّفْعَةَ على ذلك ، ولم نُعْطِ المُشْتَرِىَ الثانىَ ولا بَكْرًا بالسِّهَامِ المُسْتَحَقَّةِ بالشُّفْعةِ شيْئًا ؛ لأنَّ المِلْكَ عليها غيرُ مُسْتَقِرٍّ . والثالث ، إن عَفَا لهم عن الشُّفْعةِ ، اسْتَحَقُّوا بها . وإن أُخِذَتْ بالشُّفْعةِ لم يَسْتَحِقُّوا بها شَيْئًا . وإن عَفَا عن بعضِهم دُونَ بعضٍ ، اسْتَحَقَّ المَعْفُوُّ عنه بسِهَامِه دُونَ غيرِ المَعْفُوِّ عنه . وما بَطَلَتِ الشُّفْعةُ فيه بِبَيْعِ عَمْرٍو ، فهو بمَنْزِلَةِ المَعْفُوِّ عنه ، فيُخَرَّجُ فى قَدْرِه وَجْهانِ . ولو اسْتَقْصَيْنا فُرُوعَ هذه المسألةِ[٥٢] على سَبِيلِ البَسْطِ ، لَطَالَ ، وخَرَجَ[٥٣] إلى الإمْلَالِ .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين أَرْبَعةٍ أَرْباعًا ، فاشْتَرَى اثْنانِ منهم نَصِيبَ أَحَدِهِم ، اسْتَحَقَّ الرّابعُ الشُّفْعةَ عليهما[٥٤] ، واسْتَحَقَّ كلُّ واحِدٍ من المُشْتَرِيَيْنِ الشُّفْعةَ على صَاحِبه . فإن طَالَبَ كلُّ واحِدٍ منهم بِشُفْعَتِه ، قُسِّمَ المَبِيعُ بينهم أَثْلاثًا ، وصارتِ الدارُ بينهم كذلك . وإن عَفَا الرابعُ وحدَه ، قُسِّمَ المَبِيعُ بين المُشْتَرِيَيْنِ نِصْفَيْنِ . وكذلك إن عَفَا الجَمِيعُ عن شُفْعَتِهم ، فيَصِيرُ لهما ثلاثةُ أَرْباعِ الدارِ ، وللرّابعِ الرُّبْعُ بحالِه . وإن طَالَبَ الرابعُ وحدَه ، أَخَذَ منهما نِصْفَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما له من المِلْكِ مثلُ ما لِلْمُطَالِبِ ، فشُفْعَةُ مَبِيعِه بينَه وبينَ شَفِيعِه نِصْفَيْنِ ، فيَحْصُلُ لِلرابعِ ثلاثةُ أَثْمانِ الدارِ ، وباقِيها بينهما نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من سِتَّةَ عَشَرَ . وإن طَالَبَ الرابعُ وحدَه أَحَدَهُما دُونَ الآخَرِ ، قاسَمه الثمنَ نِصْفَيْنِ ، فيَحْصُلُ لِلمَعْفُوِّ عنه ثلاثةُ أَثْمانٍ ، والباقِى بينَ الرابعِ والآخَرِ نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من سِتَّةَ عَشَرَ . وإن عَفَا أحدُ المُشْتَرِيَيْنِ ، ولم يَعْفُ الآخَرُ ولا الرابعُ ، قُسِّمَ مَبِيعُ المَعْفُوِّ عنه بينَه وبينَ الرابعِ نِصْفَيْنِ ، ومَبِيعُ الآخَرِ بَيْنَهم أَثْلاثًا ، فيَحْصُلُ للذى لم يَعْفُ عنه رُبْعٌ وثُلُثُ ثُمْنٍ ، وذلك سُدْسٌ وثُمْنٌ ، والباقى بين الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من ثَمانِيةٍ وأَرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ عن / أَحَدِهِما ، ولم يَعْفُ أَحَدُهُما عن صاحِبِه ، أَخَذَ مِمَّن لم يَعْفُ عنه ثُلُثَ الثمَنِ ، والباقى بينهما نِصْفَيْنِ ، ويكونُ الرابعُ كالعافِى فى التى قبلها . وتَصِحُّ أيضًا من ثَمانِيةٍ وأَرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ ،

٦٠/٥و

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) فى ب : « وأفضى » .

(٥٤) فى الأصل : « عليها » .

أو أحَدُهما[٥٥] عن الآخرِ ، ولم يَعْفُ الآخرُ ، فلغيرِ العافِى رُبْعٌ وسُدُسٌ ، والباقِى بين العافِيَيْنِ نِصْفَيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما سُدُسٌ وثُمْنٌ[٥٦] ، وتَصِحُّ من أرْبَعة وعِشْرِينَ . وما يُفَرَّعُ من المَسائِلِ فهو على مَسَاقِ ما ذَكَرْناه .

٨٨٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ)

وجملةُ ذلك أنَّ الذِّمِّىَّ إذا باعَ شَرِيكُه شِقْصًا لِمُسْلِمٍ ، فلا شُفْعةَ له عليه . رُوِى ذلك عن الحَسَنِ[١] ، والشَّعْبِىِّ . ورُوِى عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، أنَّ له الشُّفْعةَ . وبه قال النَّخَعِىُّ ، وإياسُ بن مُعَاوِيةَ ، وحَمّادُ بن أبى سليمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرأى ؛ لِعُمُومِ قولِه عليه السلام : « لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وإنْ بَاعَهُ ، ولم يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أحَقُّ به »[٢] . ولأنَّه خِيارٌ ثابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بالشِّراءِ ، فاسْتَوَى فيه المُسْلِمُ والكافِرُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، ما رَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ ، فى كِتابِ « العِلَلِ »[٣] ، بإسْنادِه عن أنسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لا شُفْعةَ لِنَصْرَانِىٍّ »[٤] . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما احْتَجُّوا به . ولأنَّه مَعْنًى يَمْلِكُ به ، يَتَرَتَّبُ[٥] على وُجُودِ مِلْكٍ مَخْصُوصٍ ، فلم يَجِبْ لِلذِّمِّىِّ على المُسْلِمِ ، كالزَّكاةِ . ولأنَّه مَعْنًى يَخْتَصُّ[٦] العَقَارَ ، فأشْبَهَ الاسْتِعْلاءَ فى البُنْيانِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الشُّفْعةَ إنَّما ثَبَتَتْ لِلمُسْلِمِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن مِلْكِه ، فقُدِّمَ[٧] دَفْعُ ضَرَرِه على دَفْعِ ضَرَرِ المُشْتَرِى ، ولا يَلْزَمُ

(٥٥) فى ب ، م : « وأحدهما » .
(٥٦) فى م : « ثمن » .
(١) فى الأصل : « الحسين » .
(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .
(٣) فى الأصل : « اللعان » .
(٤) وذكره الهيثمى ، فى : باب الشفعة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٥٩ .
(٥) فى ب : « مترتب » .
(٦) فى ب زيادة : « به » .
(٧) فى الأصل : « وقام » .

من تَقْدِيمِ دَفْعِ ضَرَرِ المُسْلِمِ على المُسْلِمِ تَقْدِيمُ دَفْعِ ضَرَرِ الذِّمِّيِّ ، فإنَّ حَقَّ المُسْلِمِ أَرْجَحُ ، ورِعَايَتَهُ أَوْلَى . ولأنَّ ثُبوتَ الشُّفْعةِ فى مَحلِّ الإجْماعِ ، على خِلَافِ الأَصْلِ ، رِعَايةً لِحَقِّ الشَّرِيكِ المُسْلِمِ ، وليس الذِّمِّيُّ فى مَعْنَى المُسْلِمِ ، فيَبْقَى فيه على مُقْتَضَى الأَصْلِ . وتَثْبُتُ الشُّفْعةُ لِلمُسْلِمِ على الذِّمِّيِّ ؛ لِعُمُومِ الأدِلَّةِ المُوجِبَةِ ، ولأنَّها إذا ثَبَتَتْ فى حَقِّ المُسْلِمِ على المُسْلِمِ مع عِظَمِ حُرْمَتِه[8] ، ورِعَايةِ حَقِّه ، فَلأنْ تَثْبُتَ على الذِّمِّيِّ مع دَنَاءَتِه ، أَوْلَى وأَحْرَى .

فصل : وتَثْبُتُ للذِّمِّيِّ على الذِّمِّيِّ ؛ لِعُمُومِ الأَخْبارِ ، ولأنَّهما تَساوَيَا فى الدِّينِ والحُرْمَةِ ، فتَثْبُتُ لأَحَدِهما على الآخَرِ ، كالمُسْلِمِ على المُسْلِمِ . / ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن تَبَايَعُوا بِخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وأَخَذَ الشَّفِيعُ[9] بذلك ، لم يُنْقَضْ ما فَعَلُوه . وإن كان التَّقَابُضُ جَرَى بين المُتَبايِعَيْنِ دُونَ الشَّفِيعِ ، وتَرَافَعُوا إلينا ، لم نَحْكُمْ له بالشُّفْعةِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن تَبَايَعُوا بِخَمْرٍ ، وقُلْنا : هى مالٌ لهم . حَكَمْنا لهم بالشُّفْعةِ . وقال أبو حنيفةَ : تَثْبُتُ الشُّفْعةُ إذا كان الثَّمَنُ خَمْرًا ؛ لأنَّها مالٌ لهم ، فأَشْبَهَ ما لو تَبَايَعُوا بِدَرَاهِمَ ، لكنْ إن كان الشَّفِيعُ ذِمِّيًّا أَخَذَه بِمِثْلِه ، وإن كان مُسْلِمًا أَخَذَه بِقِيمَةِ الخَمْرِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ عُقِدَ بِخَمْرٍ ، فلم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان بين مُسْلِمَيْنِ ، ولأنَّه عَقْدٌ بثَمَنٍ مُحَرَّمٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ بالخِنْزِيرِ والمَيْتَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم ، فإنَّ اللهَ تعالى حَرَّمَه ، كما حَرَّمَ الخِنْزِيرَ ، واعْتِقَادُهُم حِلَّه لا يَجْعَلُه مالًا كالخِنْزِيرِ ، وإنَّما لم يُنْقَضْ عَقْدُهُم إذا تَقَابَضُوا ، لأنَّنا لا نتَعَرَّضُ لما فَعَلُوه ممَّا يَعْتَقِدُونه فى دِينِهم ، ما لم يَتَحاكَمُوا إلينا قبلَ تَمَامِه ، ولو تَحاكَمُوا إلينا قبلَ التَّقَابُضِ لَفَسَخْناه .

فصل : فأمَّا أَهْلُ البِدَعِ ، فمَن حُكِمَ بإسْلَامِه فلَه الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه مُسْلِمٌ ، فتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ ، كالفاسِقِ بالأفْعالِ ، ولأنَّ عُمُومَ الأدِلَّةِ يَقْتَضِى ثُبُوتَها لكلِّ شَرِيكٍ ، فيَدْخُلُ

٥/٦٠ ظ

---

(٨) فى ب : « حقه » .

(٩) فى ب : « الجميع » .

فيها . وقد رَوَى حَرْبٌ أنَّ أحمدَ سُئِلَ عن أصْحابِ[10] البِدَعِ ، هل لهم شُفْعةٌ ، ويُرْوَى عن ابن إدْرِيسَ ، أنَّه قال : ليس للرَّافِضَةِ شُفْعةٌ ؟ فضَحِكَ ، وقال : أرادَ أن يُخْرِجَهُم من الإسْلامِ . فظاهِرُ هذا أنَّه أثْبَتَ لهم الشُّفْعةَ . وهذا مَحْمُولٌ على غيرِ الغُلَاةِ منهم ، وأمَّا من غَلَا[11] ، كالمُعْتَقِدِ أنَّ جِبْرِيلَ غَلِطَ فى الرِّسَالةِ فجاء إلى النبىِّ ﷺ ، وإنَّما أُرْسِلَ إلى عَلِىٍّ ، ونحوِه ، ومَن حُكِمَ بكُفْرِه من الدُّعَاةِ إلى القَوْلِ بخَلْقِ القُرْآنِ ، فلا شُفْعةَ له ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إذا لم تَثْبُتْ لِلذِّمِّىِّ الذى يُقَرُّ على كُفْرِه ، فغيرُه أوْلَى .

فصل : وتَثْبُتُ الشُّفْعةُ لِلْبَدَوِىِّ على القَرَوِىِّ ، وللقَرَوِىِّ على البَدَوِىِّ . فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال الشَّعْبِىُّ والْبَتِّىُّ : لا شُفْعةَ لمَن لم يَسْكُنِ المِصْرَ . ولَنا ، عُمُومُ الأدِلَّةِ ، واشْتِرَاكُهُما فى المَعْنَى المُقْتَضِى لِوُجُوبِ الشُّفْعةِ .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ حَنْبلٍ : لا نَرَى فى أرْضِ السَّوَادِ شُفْعةً ؛ وذلك لأنَّ أرْضَ السَّوادِ مَوْقُوفَةٌ ، وَقَفَها عُمَرُ رَضِىَ اللهُ عنه على المُسْلِمِينَ ، ولا يَصِحُّ بَيْعُها ، والشُّفْعَةُ إنَّما تكونُ فى البَيْعِ . وكذلك الحُكْمُ فى سائِرِ الأرْضِ التى وَقَفَها عمَرُ رَضِىَ اللهُ عنه ، وهى التى / فُتِحَتْ عَنْوَةً فى زَمَنِه ، ولم يُقَسِّمْها ، كأرْضِ الشّامِ ، وأرْضِ مِصْرَ . وكذلك كلُّ أرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً ، ولم تُقَسَّمْ بين الغانِمِينَ ، إلَّا أن يَحْكُمَ بِبَيْعِ ذلك حاكِمٌ ، أو يَفْعَلَه الإمامُ أو نائِبُه ، فإن فَعَلَ ذلك ، ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه فَصْلٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، ومتى حَكَمَ الحاكِمُ فى المُخْتَلَفِ فيه بشىءٍ ، نَفَذَ حُكْمُه . واللهُ أعلمُ .

٥/٦١ و

(١٠) فى ب : « أهل » .

(١١) فى ب : « غالى منهم » .

كتابُ المُساقاةِ

المُساقاةُ : أن يَدْفعَ الرَّجُلُ شَجَرَهُ إلى آخَرَ ، لِيَقُومَ بِسَقْيِه ، وعَمَلِ سائِرِ ما يَحْتَاجُ إليه ، بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ له[1] من ثَمَرِهِ . وإنَّما سُمِّيَتْ مُساقاةً لأنَّها مُفاعَلَةٌ من السَّقْيِ ؛ لأنَّ أهْلَ الحِجَازِ أكْثَرُ حاجَةِ شَجَرِهِم إلى السَّقْيِ ، لأنَّهم يَسْتَقُونَ[2] من الآبارِ ، فسُمِّيَتْ بذلك . والأصْلُ فى جَوازِها[3] السُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أما السُّنَّةُ ، فما رَوَى عبدُ الله بن عمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : عَامَلَ رسولُ اللهِ ﷺ أهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ مِنْها ، من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه[4] . وأمَّا الإجْماعُ ، فقال أبو جعفرٍ محمدُ بن علىٍّ بن الحُسَيْنِ بن عَلِىٍّ بن أبى طَالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وعن آبائِه : عامَلَ رسولُ اللهِ ﷺ أهْلَ خَيْبَرَ بالشَّطْرِ[5] ، ثم أبو بكرٍ وعمرُ وعُثْمانُ وعَلِىٌّ ، ثم أهْلُوهُم إلى اليَوْمِ يُعْطُونَ الثُّلُثَ والرُّبْعَ . وهذا عَمِلَ به الخُلَفاءُ الرَّاشِدُونَ فى مُدَّةِ خِلَافَتِهِم ، واشْتَهَرَ ذلك ، فلم يُنْكِرْهُ مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا . فإن قِيلَ : لا نُسَلِّمُ أنَّه لم يُنْكِرْهُ مُنْكِرٌ ، فإنَّ

---

(١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل : « يسقون » .

(٣) فى ب : « وجوبها » خطأ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، وباب إذا لم يشترط السنين فى المزارعة ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ . ومسلم ، فى : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى المزارعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والدارمى ، فى : باب أن النبى ﷺ عامل خيبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٧٠ . والإمام أحمد ، فى المسند ٢ / ١٧ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٥٧ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ .

عبدَ الله بن عمرَ راوِى حَدِيثَ مُعَامَلَةِ أَهْلِ خَيْبَرَ ، قد رَجَعَ عنه ، وقال : كُنَّا نُخَابِرُ أَرْبَعِينَ سَنَةً ، حتى حَدَّثَنا رافِعُ بن خَدِيجٍ ، أَنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن المُخَابَرَةِ(٦) . وهذا يَمْنَعُ انْعِقادَ الإِجْماعِ ، ويَدُلُّ على نَسْخِ حَدِيثِ ابن عمرَ ، لِرُجُوعِه عن العَمَلِ به إلى حَدِيثِ رافِعِ (٧ بن خَدِيجٍ ٧) . قُلْنا : لا يجوزُ حَمْلُ حَدِيثِ رافِعٍ على ما يُخَالِفُ الإِجْمَاعَ ، ولا حَدِيثِ ابن عمرَ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ لم يَزَلْ يُعَامِلُ أَهْلَ خَيْبَرَ حتى ماتَ ، ثم عَمِلَ به الخُلَفاءُ بعدَه ، ثم مَن بعدَهم ، فكيف يُتَصَوَّرُ نَهْىُ النبيِّ ﷺ عن شيءٍ يُخَالِفُه ؟ أم كيف يُعْمَلُ بذلك فى عَصْرِ الخُلَفاءِ ولم يُخْبِرْهُم مَنْ سَمِعَ النَّهْىَ (٨ عن النبيِّ ﷺ ٨) ، وهو حاضِرٌ معهم ، وعالِمٌ بفِعْلِهِم ، فلم يُخْبِرْهُم ، فلو صَحَّ خَبَرُ رافِعٍ لَوَجَبَ حَمْلُه على ما يُوافِقُ السُّنَّةَ والإِجْماعَ . على أنَّه قد رُوِى فى تَفْسِيرِ خَبَرِ رافِعٍ عنه ، ما يَدُلُّ على صِحَّةِ قولِنا ، فرَوَى البُخَارِيُّ(٩) ، بإسْنادِه قال : كُنَّا نُكْرِى الأَرْضَ / بالناحِيَةِ منها تُسَمَّى لِسَيِّدِ الأَرْضِ ، فمِمَّا(١٠) يُصَابُ ذلك وتَسْلَمُ الأَرْضُ ، ومِمَّا(١٠) تُصَابُ الأَرْضُ ويَسْلَمُ ذلك ، فنُهِينا ، فأمَّا الذَّهَبُ والوَرِقُ فلم يكُنْ يَوْمَئِذٍ . ورُوِى تَفْسِيرُه أيضا

٦١/٥ ظ

---

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى التشديد فى ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٢ ، ٢٣٣ . والنسائى ، فى أول كتاب المزارعة ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٤١ – ٤٥ . وابن ماجه ، فى : باب المزارعة بالثلث والربع ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٩ . والإمام أحمد فى : المسند ١ / ٢٣٤ ، ٤ / ١٤٢ .

(٧ – ٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨ – ٨) سقط من : الأصل ، ب .

(٩) فى : باب حدثنا محمد ... ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفى : باب الشروط فى المزارعة ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ ، ٢٤٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن الكراء ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ ، ٤٠ . وابن ماجه ، فى : باب الرخصة فى كراء الأرض البيضاء بالذهب والفضة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى كراء الأرض ، من كتاب كراء الأرض . الموطأ ٢ / ٧١١ .

(١٠) فى م : « فربما » ، « وربما » . والمثبت فى : الأصل ، ب ، وصحيح البخارى .

(١١ بشيءٍ غيرِ ١١) هذا من أنواعِ الفَسَادِ ، وهو مُضْطَرِبٌ جدًّا . قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ الله يُسْأَلُ عن حَدِيثِ رافِعِ بن خَدِيجٍ ، نَهَى رَسولُ الله ﷺ عن المُزارَعةِ . فقال : رافِعٌ رُوِىَ عنه فى هذا ضُرُوبٌ . كأنَّه يُرِيدُ(١٢) أنَّ اخْتِلَافَ الرِّواياتِ عنه يُوهِنُ حَدِيثَه . وقال طاوُس : إنَّ أَعْلَمَهُم - يَعْنِى ابنَ عَبّاسٍ - أخْبَرنِى ، أنَّ النبىَّ ﷺ لم يَنْهَ عنه ، ولكنْ قال : « لأَنْ يَمْنَحَ أحَدُكُم أخَاهُ أَرْضَهُ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ ومُسْلِمٌ(١٣) . وأنْكَرَ زَيْدُ بن ثابِتٍ حَدِيثَ رافِعٍ عليه(١٤) . فكيف يَجُوزُ نَسْخُ أمْرٍ فَعَلَهُ النبىُّ ﷺ حتى ماتَ وهو يَفْعَلُه ، ثم أجْمَعَ عليه خُلَفاؤُه وأصْحابُه بعدَه ، بِخَبَرٍ لا يجوزُ العَمَلُ به ، ولو لم يُخَالِفْه غيرُه ! ورُجُوعُ ابن عمرَ إليه يَحْتَمِلُ أنَّه رَجَعَ عن شىءٍ من المُعَامَلاتِ الفاسِدَةِ التى فَسَّرَها رافِعٌ فى حَدِيثِه . وأمَّا غيرُ ابنِ عمرَ فقد أنْكَرَ على رافِعٍ ، ولم يَقْبَلْ حَدِيثَه ، وحَمَلَه على أنَّه غَلِطَ فى رِوَايَتِه . والمَعْنَى يَدُلُّ على ذلك ؛ فإنَّ كَثِيرًا من أهْلِ النَّخِيلِ والشَّجَرِ يَعْجِزُونَ عن عِمارَتِه وسَقْيِه ، ولا يُمْكِنُهم الاسْتِئْجارُ عليه ، وكثيرٌ من الناسِ لا شَجَرَ لهم ، ويَحْتاجُونَ إلى الثَّمَرِ ، ففى تَجْوِيزِ المُسَاقاةِ دَفْعٌ لِلْحَاجَتَيْنِ ، وتَحْصِيلٌ لِمَصْلَحةِ الفِئَتَيْنِ ، فجازَ ذلك ، كالمُضَارَبةِ بالأَثْمانِ .

(١١ - ١١) فى ب : « بغير » .

(١٢) فى م : « يراد » .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا على بن عبد الله ... ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفى : باب ما كان من أصحاب النبى ﷺ يواسى بعضهم بعضا فى المزارعة والثمرة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣ / ١٣٨ ، ١٤١ . ومسلم ، فى : باب الأرض تمنح ، من كتاب البيوع ٣ / ١١٨٤ ، ١١٨٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ . والنسائى ، فى : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرخصة فى المزارعة ... ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٣٤ ، ٢٨١ ، ٣٤٩ .

(١٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ . والنسائى ، فى : كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما يكره من المزارعة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٨٢ ، ١٨٧ .

٨٨٦ – مسألة ؛ قال أبو القاسِمِ : (**وتَجُوزُ الْمُسَاقاةُ فِى النَّخْلِ والشَّجَرِ والكَرْمِ بجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، يُجْعَلُ للعامِلِ مِنَ الثَّمَرِ**)

وجملَة ذلك أنَّ المُساقاةَ جائِزَةٌ فى جَمِيعِ الشَّجَرِ المُثْمِرِ . هذا قولُ الخُلَفاءِ الرَّاشِدِينَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وسالِمٌ[1] ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال داوُدُ : لا يجوزُ إلَّا فى النَّخِيلِ ؛ لأنَّ الخَبَرَ إنَّما وَرَدَ بها فيه . وقال الشافِعِىُّ : لا يجوزُ إلَّا فى النَّخِيلِ والكَرْمِ ؛ لأنَّ الزَّكاةَ تَجِبُ فى ثَمَرتِهما[2] ، وفى سائِرِ الشَّجَرِ قَوْلانِ ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ فيه ؛ لأنَّ الزَّكاةَ لا تَجِبُ فى نَمَائِه ، فأشْبَهَ ما لا ثَمَرةَ له . وقال أبو حنيفةَ ، وزُفَرُ : لا تجوزُ بحالٍ ؛ لأنَّها إجَارَةٌ بثَمَرَةٍ لم تُخْلَقْ ، أو إجَارَةٌ بثَمَرةٍ مَجْهُولةٍ ، أشْبَهَ إجَارَةَ نَفْسِه بثَمَرَةِ غيرِ الشَّجَرِ الذى يَسْقِيه . ولَنا ، السُّنَّةُ ، والإجْماعُ ، ولا يجوزُ التَّعْوِيلُ على ما خَالَفَهُما . وقولُهم : إنَّها / إجارَةٌ . غيرُ صَحِيحٍ ، إنَّما هو عَقْدٌ على العَمَلِ فى المالِ ببعضِ نَمَائِه ، فهى[3] كالمُضَارَبةِ . ويَنْكَسِرُ ما ذَكَرُوه بالمُضَارَبةِ ؛ فإنَّه يَعْمَلُ فى المالِ بنَمائِه ، وهو مَعْدُومٌ مَجْهُولٌ ، وقد جازَ بالإجْماعِ ، وهذا فى مَعْناه . ثم قد جَوَّزَ الشارِعُ العَقْدَ فى الإجَارَةِ على المَنافِعِ المَعْدُومةِ للحَاجَةِ ، فلِمَ لا يجوزُ على الثمرَةِ المَعْدُومةِ للحاجَةِ ، مع أنَّ القِيَاسَ إنَّما يكونُ فى إلْحَاقِ المَسْكُوتِ عنه بالمَنْصُوصِ عليه ، أو المُجْمَعِ عليه ، فأمَّا فى إبْطالِ نَصٍّ ، وخَرْقِ إجْماعٍ بقِيَاسِ نَصٍّ آخَرَ ، فلا سَبِيلَ إليه . وأمَّا تَخْصِيصُ ذلك بالنَّخِيلِ ، أو به وبالكَرْمِ ، فيُخَالِفُ عُمُومَ قولِه : عامَلَ رسولُ اللهِ

٥/٦٢و

---

(١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل ، م : « ثمرتها » .

(٣) فى ب ، م : « فهو » .

ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ [٤] منها من زَرْعٍ أو ثَمَرٍ [٥] . وهذا عامٌّ فى كلِّ ثَمَرٍ ، ولا تَكَادُ بَلْدَةٌ ذاتُ أشجارٍ تَخْلُو من [٦] شَجَرٍ غيرِ النَّخِيلِ ، وقد جاء فى لَفْظِ بعض الأخبارِ ، أنَّ النبىَّ ﷺ عامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بشَطْرِ ما [٧] يَخْرُجُ [٤] من النَّخْلِ والشَّجَرِ ، ولأنَّه شَجَرٌ يُثْمِرُ كلَّ حَوْلٍ ، فأشْبَه النَّخِيلَ والكَرْمَ ، ولأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إلى المُسَاقاةِ عليه ، كالنَّخْلِ وأَكْثَر ؛ لِكَثْرَتِه ، فجازَتِ المُسَاقاةُ عليه كالنَّخْلِ ، ووُجُوبُ الزَّكَاةِ ليس من العِلَّةِ المُجَوِّزَةِ لِلْمُساقاةِ ، ولا أَثَرَ له فيها ، وإنَّما العِلَّةُ فى [٨] ما ذَكَرْناه .

فصل : وأمَّا ما لا ثَمَرَ له من الشَّجَرِ ، كالصَّفْصَافِ والجَوْزِ ونَحْوِهِما ، أو له ثَمَرٌ غيرُ مَقْصُودٍ ، كالصَّنَوْبَرِ والأَرْزِ ، فلا تجوزُ المُسَاقاةُ عليه . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّه ليس بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا فى مَعْنَى المَنْصُوصِ ، ولأنَّ المُساقاةَ إنَّما تكونُ بِجُزْءٍ من الثمَرَةِ ، وهذا لا ثَمَرَةَ له ، إلَّا أن يكونَ مِمَّا يُقْصَدُ وَرَقُه [٩] أو زَهْرُه [٩] كالتُّوتِ والوَرْدِ ، فالقِيَاسُ يَقْتَضِى جَوَازَ المُساقاةِ عليه ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الثمَرِ ، لكَوْنِه [١٠] نَماءً يَتَكَرَّرُ كلَّ عامٍ ، ويُمْكِنُ أَخْذُه والمُساقاةُ عليه بِجُزْءٍ منه ، فيَثْبُتُ له مِثْلُ حُكْمِه .

فصل : وإن ساقاهُ على ثَمَرةٍ مَوْجُودَةٍ ، فذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فيها رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، تَجُوزُ . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ [١١] مالِكٍ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ، وأبى

(٤ - ٤) سقط من : ب .

(٥) اللفظ الأول تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٧ .
واللفظ الثانى أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ .

(٦ - ٦) فى الأصل : « عن » .

(٧) فى الأصل : « مما » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩ - ٩) سقط من : م .

(١٠) فى م : « لأنه » .

(١١) فى م : « وهو قول » .

ثَوْرٍ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّها إذا جازَتْ فى المَعْدُومةِ مع كَثْرةِ الغَرَرِ فيها ، فمع وُجُودِها وقِلَّةِ الغَرَرِ فيها أَوْلَى . وإنَّما تَصِحُّ إذا بَقِىَ من العَمَلِ ما يُسْتَزَادُ به الثَّمَرَةُ ، كالتَّأْبِيرِ ، والسَّقْيِ ، وإصْلَاحِ الثَّمرَةِ ، فإن بَقِىَ ما لا تَزِيدُ به الثَّمَرَةُ ، كالجِذَاذِ ونحوِه ، لم يَجُزْ ، بغيرِ خِلَافٍ . والثانية ، لا تَجُوزُ . وهو القولُ الثانى للشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه ليس / بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا فى مَعْنَى المَنْصُوصِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ عامَلَ أهْلَ خَيْبَرَ على الشَّطْرِ ممَّا يَخْرُجُ من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ ، ولأنَّ هذا يُفضِى إلى أن يَسْتَحِقَّ بالعَقْدِ عِوَضًا مَوْجُودًا يَنْتَقِلُ المِلْكُ فيه عن رَبِّ المالِ إلى المُسَاقِى . فلم يَصِحَّ ، كما لو بَدا صَلَاحُ الثَّمرةِ ، ولأنَّه عَقْدٌ على العَمَلِ فى المالِ ببعضِ نَمائِه ، فلم يَجُزْ بعدَ ظُهُورِ النَّماءِ ، كالمُضَارَبةِ ، ولأنَّ هذا يجْعَلُ[12] العَقْدَ إجارَةً بمَعْلُومٍ[13] ومَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اسْتَأْجَرَه على العَمَلِ بذلك . وقولُهم : إنَّه أقَلُّ غَرَرًا . قُلْنا : قِلَّةُ الغَرَرِ ليستْ من المُقْتَضِى لِلْجَوازِ ، ولا كَثْرَتُه المَوْجُودَةُ فى مَحلِّ النَّصِّ[14] مانِعَةً ، فلا تُؤَثِّرُ قِلَّتُه شيئًا ، والشَّرْعُ وَرَدَ به على وَجْهٍ لا يَسْتَحِقُّ العامِلُ فيه عِوَضًا مَوْجُودًا . ولا يَنْتَقِلُ إليه من مِلْكِ رَبِّ المالِ شىءٌ ، وإنَّما يَحْدُثُ النَّماءُ المَوْجُودُ على مِلْكِهِما . على ما شَرَطَاه ، فلم تَجُزْ مُخَالَفَةُ هذا المَوْضُوعِ ، ولا إثْباتُ عَقْدٍ ليس فى مَعْناه إلْحاقًا به ، كما لو بَدَا صَلَاحُ[15] الثَّمرةِ ، وكالمُضَارَبةِ[16] بعدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ .

فصل : فأمَّا قولُ الخِرَقِىِّ : « بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ من الثَّمَرِ » . فيَدُلُّ على شَيْئَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ المُساقاةَ لا تَصِحُّ إلَّا على جُزْءٍ مَعْلُومٍ من الثَّمَرةِ مُشَاعٍ ، كالنِّصْفِ والثُّلُثِ ، لِحَدِيثِ ابن عمرَ : عامَلَ أهْلَ خَيْبَرَ بشَطْرِ ما يَخْرُجُ منها . وسَواءٌ

٦٢/٥ ظ

---

(١٢) فى م : « جعل » .

(١٣) فى الأصل : « معلوم » .

(١٤) فى ب : « النزاع » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقطت الواو من : م .

قَلَّ الجُزْءُ أو كَثُرَ ، فلو شَرَطَ لِلْعامِلِ جُزْءًا من مائةِ جُزْءٍ ، وجَعَلَ جُزْءًا منها لِنَفْسِه والباقِىَ ، لِلْعامِلِ ، جازَ ، ما لم يَفْعَلْ ذلك حِيلَةً ، وكذلك إن عَقَدَه على أجْزاءٍ مَعْلُومَةٍ ، كالخَمْسِينَ . وثَلاثَةِ أثْمانٍ ، أو سُدُسٍ ونِصْفِ سُبْعٍ ، ونحو ذلك ، جازَ . وإن عَقَدَ على جُزْءٍ مُبْهَمٍ ، كالسَّهْمِ والجُزْءِ والنَّصِيبِ والحَظِّ ونحوه ، لم تَجُزْ ؛ لأنَّه إذا لم يكُنْ مَعْلُومًا لم تُمْكِنِ القِسْمَةُ بينهما . ولو ساقاهُ على آصُعٍ مَعْلُومَةٍ ، أو جَعَلَ مع الجُزْءِ المَعْلُومِ آصُعًا ، لم تَجُزْ ؛ لأنَّه ربما لم يَحْصُلْ ذلك ، أو لم يَحْصُلْ غيرُه ، فيَسْتَضِرُّ رَبُّ الشَّجَرِ وربَّما[17] كَثُرَ الحاصِلُ فيَسْتَضِرُّ العامِلُ . وإن شَرَطَ له ثَمَرَ نَخَلاتٍ بعَيْنِها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها قد لا تَحْمِلُ ، فتكونُ الثَّمَرَةُ كلُّها لِرَبِّ المالِ ، وقد لا تَحْمِلُ غيرُها ، فتكونُ الثَّمَرةُ كلُّها لِلْعامِلِ ، ولهذه العِلَّةِ نَهَى النبىُّ ﷺ عن المُزارَعةِ التى يَجْعَلُ فيها لِرَبِّ الأرْضِ[18] مَكانًا مُعَيَّنًا ، ولِلْعامِلِ مكانًا مُعَيَّنًا . قال رافِعٌ : كُنَّا نُكْرِى الأرْضَ ، على أنَّ لنا هذه ، ولهم هذه . فرُبَّما أخْرَجَتْ هذه ولم تُخْرِجْ هذه ، فنَهانا عن ذلك ، فأمَّا الذَّهَبُ والوَرِقُ فلم يَنْهَنَا . مُتَّفَقٌ عليه[19] . فمتى شَرَطَ شَيْئًا[20] من هذه الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ ، فسَدَتِ المُساقاةُ ، والثَّمَرةُ كلُّها لِرَبِّ المالِ ؛ لأنَّها نَماءُ مِلْكِه . ولِلْعامِلِ أجْرُ مِثْلِه ، كالمُضارَبَةِ / الفاسِدَةِ . الثانى ، أنَّ الشَّرْطَ للعامِلِ ؛ لأنَّه إنَّما يَأْخُذُ بالشَّرْطِ ، فالشَّرْطُ يُرادُ لأجْلِه ، ورَبُّ المالِ يأْخُذُ بمالِه لا بالشَّرْطِ ، فإذا قال : ساقَيْتُكَ ، على أنَّ لك ثُلُثَ الثَّمَرَةِ . صَحَّ ، وكان الباقِى لِرَبِّ المالِ . وإن قال : علىَّ أنَّ لى ثُلُثَ الثَّمَرةِ . فقال ابنُ حامِدٍ : يَصِحُّ ، والباقِى للعامِلِ . وقيل : لا يَصِحُّ . وقد ذَكَرْنا تَعْلِيلَ ذلك فى المُضارَبَةِ . وإن اخْتَلَفا فى الجُزْءِ المَشْرُوطِ لمن هو منهما ، فهو للعامِلِ ، لأنَّ الشَّرْطَ يُرادُ لأجْلِه[21] ، كما ذَكَرْنا .

٦٣/٥ و

---

(١٧) فى م : « أو ربما » .

(١٨) فى ب : « المال » .

(١٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٨ .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى الأصل : « للعامل » .

فصل : وإذا كان فى البُسْتانِ شَجَرٌ من أجْناسٍ ، كالتِّينِ ، والزَّيْتُونِ ، والكَرْمِ ، والرُّمَّـانِ ، فشَرَطَ للعامِـلِ[22] من كلِّ جِنسٍ قَدْرًا ، كنِصْفِ ثَمَـرِ التِّيـنِ ، وثُـلُثِ الزَّيْتُونِ ، ورُبْعِ الكَرْمِ ، وخُمْسِ الرُّمَّانِ ، أو كان فيه أنْوَاعٌ من جِنْسٍ ، فشَرَطَ[23] من كلِّ نَوْعٍ قَدْرًا ، وهما يَعْرِفانِ[24] قَدْرَ كلِّ نَوْعٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّ ذلك كأَرْبَعَة بَسَاتِيـنَ ، ساقَاهُ على كلِّ بُسْتَانٍ بِقَدْرٍ مُخَالِفٍ لِلْقَدْرِ المَشْرُوطِ من الآخَر . وإن لم يَعْلَمَا قَدْرَه ، أو لم يَعْلَمْ أحَدُهُما ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه قد يكونُ أكْثَرُ ما فى البُسْتانِ من النَّوْعِ الذى شُرِطَ فيه القَلِيلُ . أو أكْثَرُه ممَّا شُرِطَ فيه الكَثِيرُ . ولو قال : ساقَيْتُكَ على هذين البُسْتَانَيْنِ ، بالنِّصْفِ من هذا ، والثُّلُثِ من هذا . صَحَّ ؛ لأنَّها صَفْقَةٌ واحِدَةٌ ، جَمَعَتْ عِوَضَيْنِ ، فصارَ كأنَّه قال : بِعْتُكَ دارَىَّ هاتَيْنِ ، هذه بألْفٍ ، وهذه بمائةٍ . وإن قال : بالنِّصْفِ من أحَدِهِما ، والثُّلُثِ من الآخَرِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، لا يُدْرَى أيُّهما الذى يَسْتَحِقُّ نِصْفَه ، ولا الذى يَسْتَحِقُّ ثُلُثَه[25] . ولو سَاقاهُ على بُسْتانٍ واحِدٍ ، نِصْفُه هذا بالنِّصْفِ ، ونِصْفُه هذا بالثُّلُثِ . وهما مُتَمَيِّزانِ ، صَحَّ ؛ لأنَّهما كبُسْتَانَيْنِ .

فصل : وإن كان البُسْتانُ لاثْنَيْنِ ، فسَاقَيَا عامِلًا واحِدًا ، على أنَّ له نِصْفَ نَصِيبِ أحَدِهما ، وثُلُثَ نَصِيبِ الآخَرِ ، والعامِلُ عالِمٌ بنَصِيبِ كلِّ واحِدٍ منهما ، جازَ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدانِ . ولو أفْرَدَ كلُّ واحِدٍ منهما بِعَقْدٍ ، كان له أن يَشْرطَ[26] ما اتَّفَقَا عليه . وإن جَهِلَ نَصِيبَ كلِّ واحِدٍ منهما ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه غَرَرٌ ، فإنَّه قد يَقِلُّ نَصِيبُ مَن شَرَطَ النِّصْفَ ، فيَقِلُّ حَظُّه ، وقد يَكْثُرُ ، فيَتَوَفَّرُ حَظُّه . فأمَّا إن شَرَطَا قَدْرًا واحِدًا من مالِهِما جازَ ، وإن لم يَعْلَمْ قَدْرَ ما لِكُلِّ واحِدٍ منهما ؛ لأنَّها جَهَالَةٌ لا غَرَرَ فيها ولا

---

(٢٢) فى ب : « العامل » .

(٢٣) فى ب زيادة : « للعامل » .

(٢٤) فى م : « يعلمان » .

(٢٥) من هنا إلى قوله : « كبستانين » . سقط من : ب .

(٢٦) فى م : « شرط » .

ضَرَرَ ، فصارَ(٢٧) كما لو قالا : بِعْناكَ دارَنا هذه بألْفٍ . ولم يَعْلَمْ نَصِيبَ كلِّ واحدٍ منهما ، جازَ ؛ لأنّه أىَّ نَصِيبٍ / كان ، فقد عَلِمَ عِوَضَه ، وعَلِمَ جُمْلَةَ المَبِيعِ ، فصَحَّ . كذلك هٰهُنا . ولو ساقَى واحدٌ اثْنَيْنِ ، جازَ ، ويجوزُ أن يَشْرُطَ لهما التَّساوِىَ فى النَّصِيبِ ، ويجوزُ أن يَشْرُطَ لأحَدِهِما أكْثَرَ من الآخَرِ .

٦٣/٥ ظ

فصل : ولو سَاقاهُ ثَلاثَ سِنِينَ ، على أنَّ له فى الأُولَى النِّصْفَ ، وفى الثانيةِ الثُّلُثَ ، وفى الثالثةِ الرُّبْعَ ، جازَ ؛ لأنَّ قَدْرَ مالَه فى كلِّ سَنَةٍ مَعْلُومٌ ، فصَحَّ ، كما لو شَرَطَ له من كلِّ نَوْعٍ قَدْرًا .

فصل : ولو دَفَعَ إلى رَجُلٍ بُسْتانًا ، فقال : ما زَرَعْتَ فيه(٢٨) من حِنْطَةٍ فلِى رُبْعُه ، وما زَرَعْتَ من شَعِيرٍ فلِى ثُلُثُه ، وما زَرَعْتَ من بَاقِلًّا فلِى نِصْفُه . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما يَزْرَعُه من كلِّ واحدٍ من هذه الأصْنافِ مَجْهولُ القَدْرِ ، فجَرَى مَجْرَى ما لو (٢٩ شَرَطَ له ٢٩) فى المُسَاقاةِ ثُلُثَ هذا النَّوْعِ ، ونِصْفَ هذا(٢٨) النَّوْعِ الآخر ، وهو جاهِلٌ بما فيه منهما . وإن قال : إن زَرَعْتَها حِنْطَةً فلِى رُبْعُها ، وإن زَرَعْتَها شَعِيرًا فلِى ثُلُثُه ، وإن زَرَعْتَها باقِلًّا فلِى نِصْفُه . لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه لا يَدْرِى ما يَزْرَعُه ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ بعَشَرَةٍ صِحَاحٍ ، أو أحَدَ عَشَرَةَ مُكَسَّرَةً . وفيه وَجْهٌ آخر ، أنَّه يَصِحُّ ، بناءً على قولِه فى الإجارَةِ : إن خِطْتَه رُومِيًّا فلك دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَهُ فارِسِيًّا فلك نِصْفُ دِرْهَمٍ . فإنَّه يَصِحُّ فى المَنْصُوصِ عنه ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه . وإن قال : ما زَرَعْتَها من شىءٍ فلِى نِصْفُه . صَحَّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ سَاقَى أهْلَ خَيْبَرَ بشَطْرِ ما يَخْرُجُ منها ، من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ(٣٠) . ولو جَعَلَ له فى المُزَارَعَةِ ثُلُثَ الحِنْطَةِ ، ونِصْفَ الشَّعِيرِ ، وثُلُثَىِ البَاقِلَّا ، وبَيَّنا قَدْرَ ما يُزْرَعُ من كلِّ واحدٍ من هذه الأنْواعِ ، إمَّا بتَقْدِيرِ البَذْرِ ، (٣١ وإمَّا بتَقْدِيرِ ٣١)

---

(٢٧) فى م : « فكان » .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩ - ٢٩) فى ب : « شرطاه » .

(٣٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٧ .

(٣١ - ٣١) فى الأصل : « أو تقدير » .

المَكانِ وتَعْيينِه ، أو بِمِسَاحَتِه ، مثل أن قال : تَزْرَعُ هذا المكان حِنْطةً ، وهذا شَعِيرًا ، أو تَزْرَعُ مُدَّيْنِ حِنْطَةً ، ومُدَّيْنِ شَعِيرًا ، أو تَزْرَعُ قَفِيزًا حِنْطةً وقَفِيزَيْنِ شَعِيرًا . جازَ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من هذه طَرِيقٌ إلى العِلْمِ ، فاكْتُفِىَ به .

فصل : وإن سَاقاهُ على أنَّه إن سَقَى سَيْحًا فله الثُّلُثُ ، وإن سَقَى بِكُلْفَةٍ فله النِّصْفُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ العَمَلَ مَجْهولٌ ، والنَّصِيبَ مَجْهُولٌ ، وهو فى مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعةٍ . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ ، قِيَاسًا على مَسْأَلةِ الإجارَةِ . ولو قال : لك الخُمْسانِ ، إن كانت عليك خَسارَةٌ ، وإن لم يكُنْ عليك خَسارَةٌ فلك الرُّبْعُ . لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وقال : هذا شَرْطانِ فى شَرْطٍ . وكَرِهَهُ . وهذا فى مَعْنَى المَسْأَلةِ التى قَبْلَها ، ويُخَرَّج فيها مثلُ ما خُرِّجَ فيها . ولو سَاقاهُ فى هذا الحائطِ بالثُّلُثِ ، على أن يُسَاقِيَهُ فى الحائطِ الآخَرِ /بجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرَطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، فصارَ فى مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعةٍ ، كقَوْلِه : بِعْتُكَ ثَوْبِى ، على أن تَبِيعَنِى ثَوْبَكَ . وإنَّما فَسَدَ لِمَعْنَيَيْنِ ؛ أَحَدِهما ، أنَّه شَرَطَ فى العَقْدِ عَقْدًا آخَرَ ، والنَّفْعُ الحاصِلُ بذلك مَجْهُولٌ ، فكأنَّه شَرَطَ العِوَضَ فى مُقَابَلةِ مَعْلُومٍ ومَجْهُولٍ . الثانى ، أنَّ العَقْدَ الآخَرَ لا يَلْزَمُه بالشَّرْطِ ، فيَسْقُطُ الشَّرْطُ ، وإذا سَقَطَ وَجَبَ رَدُّ الجُزْءِ الذى تَرَكَه من العِوَضِ لأجْلِه ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيَصِيرُ الكُلُّ مَجْهُولًا .

٥/٦٤و

فصل : وإن سَاقَى أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَه ، وجَعَلَ له من الثَّمَرِ أكْثَرَ من نَصِيبِه ، مثل أن يكونَ الأصْلُ بينهما نِصْفَيْنِ ، فجَعَلَ له الثُّلُثَيْنِ من الثَّمَرَةِ ، صَحَّ ، وكان السُّدُسُ حِصَّتَهُ من المُساقاةِ ، فصارَ كأنَّه قال : ساقَيْتُكَ على نَصِيبِى بالثُّلُثِ . وإن سَاقاهُ على أن تكونَ الثَّمرَةُ بينهما نِصْفَيْنِ ، أو على أن يكونَ لِلْعامِلِ الثُّلُثُ ، فهى مُسَاقاةٌ فاسِدَةٌ ؛ لأنَّ العامِلَ يَسْتَحِقُّ نِصْفَها بمِلْكِه ، فلم يَجْعَلْ له فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه شيئا . وإذا شَرَطَ له الثُّلُثَ ، فقد شَرَطَ أنَّ غيرَ العامِلِ يَأْخُذُ من نَصِيبِ العامِلِ ثُلُثَه ، ويَسْتَعْمِلُه بلا عِوَضٍ . فلا يَصِحُّ . فإذا عَمِلَ فى الشَّجَرِ بِنَاءً على هذا ، كانت الثَّمرَةُ بينهما نِصْفَيْنِ ، بِحُكْمِ المِلْكِ ، ولا يَسْتَحِقُّ العامِلُ بعَمَلِه شيئا ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ به لِرِضاهُ بالعَمَلِ بغير عِوَضٍ ، فأشْبَه

ما لو قال له : أنا أعْمَلُ فيه بغير شيءٍ . وذَكَرَ أصْحَابُنا وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يَسْتَحِقُّ أجْرَ مِثْلِه ؛ لأنَّ المُساقَاةَ تَقْتَضِى عِوَضًا ، فلا تَسْقُطُ بِرِضَاهُ بإسْقَاطِه ، كالنِّكَاحِ ، ولم يُسَلَّمْ له العِوَضُ ، فيكونُ له أجْرُ مِثْلِه . ولَنا ، أنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه مُتَبَرِّعًا ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضًا ، كما لو لم يَعْقِد المُسَاقاةَ . ويُفَارِقُ النِّكاحَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ صَحِيحٌ . فوَجَبَ به العِوَضُ لِصِحَّتِه ، وهذا فاسِدٌ ، لا يُوجِبُ شيئا . والثانى ، أنَّ الأبْضَاعَ لا تُسْتَبَاحُ بالبَذْلِ والإِبَاحَةِ ، والعَمَلُ هـٰهُنا يُسْتَبَاحُ بذلك ، ولأنَّ المَهْرَ فى النِّكَاحِ لا يَخْلُو من أن يكون واجبًا بالعَقْدِ ، أو بالإِصَابةِ ، أو بهما ، فإن وَجَبَ بالعَقْدِ ، لم يَصِحَّ قِياسُ هذا عليه ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ النِّكاحَ صَحِيحٌ ، وهذا فاسِدٌ . والثانى ، أنَّ العَقْدَ هـٰهُنا (32) لا يُوجِبُ ، ولو أوْجَبَ (32) لأوْجَبَ قبلَ العَمَلِ . ولا خِلافَ أنَّ (33) هذا لا يُوجِبُ (34) قبلَ العَمَلِ شَيْئًا ، وإن أوْجَبَ (35) بالإِصَابةِ ، لم يَصِحَّ القِيَاسُ عليها لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ الإِصَابةَ لا تُسْتَبَاحُ بالإِبَاحَةِ والبَذْلِ ، بخِلَافِ العَمَلِ . والثانى ، / أنَّ الإِصَابةَ لو خَلَتْ عن العَقْدِ لأوْجَبَتْ ، وهذا بخِلَافِه . وإن وَجَبَ (36) بهما امْتَنَعَ القِيَاسُ لهذه الوُجُوهِ كلِّها . فأمَّا إن سَاقَى أحَدُهُما شَرِيكَه على أن يَعْمَلَا معًا ، فالمُساقاةُ فاسِدَةٌ ، والثَّمرةُ بينهما على قَدْرِ مِلْكَيْهِما ، ويتَقاصَّانِ العَمَلَ إن تَسَاوَيَا فيه ، وإن كان لأحَدِهِما فَضْلٌ نَظَرْتَ ؛ فإنْ كان قد شُرِطَ له (34) فَضْلٌ مَّا فى مُقَابَلَةِ عَمَلِه ، اسْتَحَقَّ ما فَضَلَ له من أجْرِ المِثْلِ ، وإن (37) لم يُشْرَطْ (37) ، له شىءٌ ، فلا شىءَ له إلَّا على الوَجْهِ الذى ذَكَرَهُ أصْحَابُنا ، وتَكَلَّمْنا عليه .

٥/٦٤ ظ

(32 - 32) سقط من : الأصل .

(33) فى ب : « فى » .

(34) سقط من : ب .

(35) فى ب ، م : « وجب » .

(36) فى الأصل : « وجبت » .

(37 - 37) فى ب : « يكن شرط » . وفى م : « لم يشترط » .

فصل : وتَصِحُّ المُساقاةُ على البَعْلِ من الشَّجَرِ ، كما تجوزُ فيما يَحْتاجُ إلى سَقْيٍ . وبهذا قال مالِكٌ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا عندَ من يُجَوِّزُ المُسَاقاةَ ؛ لأنَّ الحاجةَ [38] تَدْعُو إلى المُعَامَلةِ فى [38] ذلك ، كَدُعَائِها إلى المُعَامَلَةِ فى غيرِه ، فيُقَاسُ عليه ، وكذلك الحُكْمُ فى المُزَارَعةِ .

فصل : ولا تَصِحُّ المُساقاةُ [39] إلَّا على شَجَرٍ مَعْلُومٍ بالرُّؤْيَةِ ، أو بالصِّفَةِ التى لا يُخْتَلَفُ معها ، كالبَيْعِ . فإن سَاقاهُ [40] على بُسْتانٍ بغيرِ رُؤْيةٍ ولا صِفَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَجْهُولٍ . فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ . وإن سَاقاهُ [40] على أَحَدِ هٰذَيْنِ الحائِطَيْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ يَخْتَلِفُ الغَرَضُ فيها بِاخْتِلَافِ الأَعْيانِ ، فلم يَجُزْ على غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالبَيْعِ .

فصل : وتَصِحُّ المُساقاةُ بِلَفْظِ المُسَاقاةِ ، وما يُؤَدِّى مَعْناها من الألْفاظِ ، نحو : عامَلْتُكَ ، وفَالَحْتُكَ ، واعْمَلْ فى بُسْتَانِى هذا حتى تَكْمُلَ ثَمَرَتُه ، وما أشْبه هذا ؛ لأنَّ القَصْدَ المَعْنَى ، فإن أتَى به بأىِّ [41] لَفْظٍ دَلَّ عليه ، صَحَّ ، كالبَيْعِ . وإن قال : اسْتأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ لى فى هذا الحائِطِ ، حتى تَكْمُلَ ثَمَرَتُه ، بِنِصْفِ ثَمَرتِه . ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ الإِجَارَةَ يُشْتَرَطُ لها كَوْنُ العِوَضِ مَعْلُومًا ، والعَمَلِ مَعْلُومًا ، وتكونُ لازِمَةً ، والمُسَاقَاةُ بخِلَافِه . والثانى ، يَصِحُّ . وهو أقْيَسُ ؛ لأنَّه مُؤَدٍّ لِلْمَعْنَى ، فصَحَّ به العَقْدُ ، كسائِرِ الألْفاظِ المُتَّفَقِ عليها . وقد ذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّ مَعْنَى قولِ أحمدَ : تجوزُ إجارَةُ الأرْضِ بِبَعْضِ الخارِجِ منها . المُزَارَعَةُ ، على أن البَذْرَ والعَمَلَ من العامِلِ . وما ذُكِرَ من شُرُوطِ الإجارَةِ ، إنَّما يُعْتَبَرُ فى

(38 – 38) فى الأصل : « تدعوه إلى المعاملة فى » . وفى ب : « تدعو فى المعاملة إلى » .

(39) فى م زيادة : « إلى » .

(40 – 40) سقط من : ب . نقلة نظر .

(41) سقط من : الأصل .

الإجَارَةِ الحَقِيقيَّةِ ، أمَّا إذا أرِيدَ بالإجَارَةِ المُزَارَعَةُ ، فلا يُشْتَرطُ لها غيرُ شَرْطِ المُزَارَعةِ .

فصل : ويَلْزَمُ العامِلَ بإطْلَاقِ عَقْدِ[٤٢] المُساقاةِ ما فيه صَلَاحُ الثَّمرَةِ وزِيَادَتُها ، مثل حَرْثِ الأرْضِ تَحْتَ الشَّجَرِ[٤٣] ، والبَقرِ التى تَحْرُثُ ، وآلةِ الحَرْثِ ، / وسَقْيِ الشَّجَرِ ، واسْتِقَاءِ المَاءِ ، وإصْلَاحِ طُرُقِ المَاءِ وتَنْقِيَتِها ، وقَطْعِ الحَشِيشِ المُضِرِّ والشَّوْكِ ، وقَطْعِ الشَّجَرِ اليَابِسِ ، وزِبَارِ الكَرْمِ[٤٤] ، وقَطْعِ ما يَحْتاجُ إلى قَطْعِه ، وتَسْوِيَةِ الثَّمرَةِ ، وإصْلَاحِ الأجَاجِين ، وهى الحُفَرُ التى يَجْتَمِعُ فيها الماءُ على أصُولِ النَّخْلِ ، وإدَارَةِ الدُّولَابِ ، والحِفْظِ لِلثَّمرِ[٤٥] فى الشَّجَرِ وبعدَه حتى يُقسَّمَ ، وإن كان ممَّا يُشَمَّسُ فعليه تَشْمِيسُه ، وعلى رَبِّ المالِ ما فيه حِفْظُ الأصْلِ ، كسَدِّ الحِيطَانِ ، وإنْشَاءِ الأنْهارِ ، وعَمَلِ الدُّولَابِ ، وحَفْرِ بِئْرِه ، وشِرَاءِ ما يُلَقَّحُ به . وعَبَّرَ بعضُ أهْلِ العِلْمِ عن هذا بِعِبَارَةٍ أخرى ، فقال : كلُّ ما يَتكَرَّرُ كلَّ عامٍ فهو على العامِلِ ، وما لا يَتكَرَّرُ فهو على رَبِّ المالِ . وهذا صَحِيحٌ فى العَمَلِ . فأمَّا شِرَاءُ ما يُلَقَّحُ به ، فهو على رَبِّ المالِ وإن تَكَرَّرَ ؛ لأنَّ هذا ليس من العَمَلِ . فأمَّا البَقَرَةُ التى تُدِيرُ الدُّولَابَ ، فقال أصْحَابُنا : هى على رَبِّ المالِ ؛ لأنَّها ليست من العَمَلِ ، فأشْبَهَتْ ما يُلَقَّحُ به . والأَوْلَى أنَّها على العامِلِ ؛ لأنَّها تُرَادُ لِلْعَمَلِ ، فأشْبَهَتْ بَقَرَ الحَرْثِ ، ولأنَّ اسْتِقَاءَ الماءِ على العامِلِ إذا لم يَحْتَجْ إلى بَهِيمَةٍ فكان عليه ، وإن احْتاجَ إلى بَهِيمَةٍ كغيرِه من الأعْمالِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : ما يَتَعَلَّقُ بصَلَاحِ الأُصُولِ والثَّمرَةِ معًا ، [٤٦] كالكَسْحِ للنَّهْرِ [٤٦] ، والثَّوْرِ ، فهو على من شُرِطَ عليه[٤٧] منهما ، وإن أُهْمِلَ شَرْطُ ذلك على أحَدِهِما ، لم تَصِحَّ المُساقاةُ .

٦٥/٥و

---

(٤٢) فى ب : « لفظ » .

(٤٣) سقط من : الأصل .

(٤٤) الزِّبار : تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة بقطعها بمنجل ونحوه .

(٤٥) فى الأصل : « للثمرة » .

(٤٦ - ٤٦) فى الأصل ، ب : « ككسح النهر » .

(٤٧) سقط من : ب .

وقد ذَكَرْنا ما يَدُلُّ على أنّه على العامِلِ . فأمَّا تَسْمِيدُ الأرْضِ بالزِّبْلِ إن احْتَاجَتْ إليه ، فشِرَاءُ ذلك على رَبِّ المالِ ؛ لأنَّه ليس من العَمَلِ ، فجَرَى مَجْرَى ما يُلَقَّحُ به ، وتَفْرِيقُ ذلك فى الأرْضِ على العامِلِ ، كالتَّلْقِيح . وإن أطْلَقَا العَقْدَ ، ولم يُبيِّنَا ما على كلِّ واحِدٍ منهما ، فعلى كلِّ واحِدٍ منهما ما ذَكَرْنا أنَّه عليه . وإن شَرَطَا ذلك ، كان تأْكِيدًا . وإن شَرَطَا على أحَدِهما شيئا ممَّا يَلْزَمُ الآخَرَ ، فقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : لا يجوزُ ذلك . فعلى هذا تَفْسُدُ المُسَاقاةُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ ، فأفْسَدَه ، كالمُضَارَبةِ إذا شُرِطَ العَمَلُ فيها على رَبِّ المالِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على صِحَّةِ ذلك ؛ فإنَّه ذَكَرَ أنَّ الجِذَاذَ عليهما ، فإن شَرَطَه على العامِلِ ، جازَ . وهذا مُقْتَضَى كَلَامِ الخِرَقِىِّ فى المُضَارَبةِ ؛ لأنَّه شَرْطٌ لا يُخِلُّ بمَصْلَحةِ العَقْدِ ، ولا مَفْسَدَةَ فيه ، فصَحَّ ، كتأْجِيلِ الثَّمَنِ فى المَبِيعِ ، وشَرْطِ الرَّهْنِ / والضَّمِينِ والخِيَارِ فيه ، لكنْ يُشْتَرَطُ أن يكونَ ما يَلْزَمُ كلَّ واحِدٍ من العَمَلِ مَعْلُومًا ، لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى التَّنَازُعِ والتَّوَاكُلِ ، فيَخْتَلَّ العَمَلُ ، وأن لا يكونَ ما على رَبِّ المالِ أكْثَرَ العَمَلِ ؛ لأنَّ العامِلَ يَسْتَحِقُّ بِعَمَلِه ، فإذا لم يَعْمَلْ أكْثَرَ العَمَلِ ، كان وُجُودُ عَمَلِه كعَدَمِه ، فلا يَسْتَحِقُّ شيئا .

٥/٦٥ ظ

فصل : فأمَّا الجِذَاذُ والحَصَادُ واللِّقَاطُ ، فهو على العامِلِ . نَصَّ أحمدُ عليه فى الحَصَادِ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه من العَمَلِ ، فكان على العامِلِ ، كالتَّشْمِيسِ . ورُوِىَ عن أحمدَ فى الجِذَاذِ ، أنَّه إذا شَرَطَ على العامِلِ ، فجائِزٌ ؛ لأنَّ العَمَلَ عليه ، وإن لم يَشْرُطْه ، فعلى رَبِّ المالِ بِحِصَّتِه ما يَصِيرُ إليه [48] وعلى العامِلِ بحِصَّتِه ما يصيرُ إليه [48] . فظاهِرُ هذا أنَّه جَعَلَ الجِذَاذَ عليهما ، واخْتارَ [49] اشْتِرَاطَه على العامِلِ . وهو قولُ بعضِ الشافِعِيَّةِ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : تَفْسُدُ المُساقاةُ بِشَرْطِه على العامِلِ ؛ لأنَّه شَرْطٌ

(٤٨ – ٤٨) سقط من : م .

(٤٩) فى م : « وأجاز » .

يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ . واحْتَجَّ مَن جَعَلَه عليهما بأنَّه يكونُ بعد تَكَامُلِ الثَّمرَةِ ، وانْقِضَاءِ المُعَامَلَةِ ، فأشْبَه نَقْلَه إلى مَنْزِلِه . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ دَفَعَ خَيْبَر إلى يَهُودَ ، على أن يَعْمَلُوها من أمْوالِهِم[50] . ولأنَّ هذا من العَمَلِ ، فيكونُ عليه ، كالتَّشْمِيسِ ، وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالتَّشْمِيسِ ، ويُفَارِقُ النَّقْلَ إلى المَنْزِلِ ، فإنَّه يكونُ بعدَ القِسْمَةِ ، وزَوَالِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ المَخْزَنَ .

فصل : وإن شَرَطَ أن يَعْمَلَ معه غِلْمانُ رَبِّ المالِ ، فهو كشَرْطِ عَمَلِ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ عَمَلَهُم كعَمَلِه ، فإنَّ يَدَ الغُلَامِ كيَدِ مَوْلَاه . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، كما ذَكَرْنا . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّ غِلْمَانَه مالُه ، فجازَ أن يُجْعَلَ[51] تَبعًا لمالِه ، كثَوْرِ الدُّولَابِ ، وكما[52] يجوزُ فى القِرَاضِ أن يَدْفَعَ إلى العامِلِ بَهِيمَةً يَحْمِلُ عليها . وأمَّا رَبُّ المالِ لا يجوزُ جَعْلُه تَبَعًا . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، ومحمدِ بن الحَسَنِ . فإذا شَرَطَ غِلْمانًا يَعْمَلُون معه ، فنَفَقَتُهُم على ما يَشْتَرِطانِ عليه . فإن أطْلَقَا ، ولم يَذْكُرَا نَفَقَتَهُم ، فهى على رَبِّ المالِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : نَفَقَتُهُم على المُسَاقِى ، ولا يَنْبَغِى أن يَشْرُطَها[53] على رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ العَمَلَ على المُسَاقِى ، فمُؤْنَةُ مَن يَعْمَلُه عليه ، كمُؤْنَةِ غِلْمانِه . ولَنا ، أنَّه مَمْلُوكُ رَبِّ المالِ ، فكانت نَفَقَتُه عليه عندَ الإطْلَاقِ ، كما لو أجَرَهُ . فإنْ شَرَطَها على العامِلِ ، جازَ ، ولا يُشْتَرَطُ تَقْدِيرُها . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : يُشْتَرَطُ تَقْدِيرُها ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ عليه مالا يَلْزَمُه ، فوَجَبَ أن يكونَ مَعْلُومًا ، كسائِرِ الشُّرُوطِ . / ولَنا ، أنَّه لو وَجَبَ تَقْدِيرُها لوَجَبَ ذِكْرُ صِفَاتِها ، ولا يَجِبُ ذِكْرُ صِفَاتِها . فلم يَجِبْ تَقْدِيرُها . ولابُدَّ من مَعْرِفَةِ الغِلْمانِ المُشْتَرَطِ عَمَلُهُم[54] ، برُؤْيَةٍ ، أو صِفَةٍ تَحْصُلُ بها مَعْرِفَتُهُم . كما فى عَقْدِ الإجَارَةِ .

٦٦/٥ و

---

(٥٠) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اشترط فى المزارعة إذا شئت أخرجتك ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣ / ٢٥٢ .

(٥١) فى م : « تعمل » .

(٥٢) فى م : « وكان » .

(٥٣) فى الأصل : « يشترطها » .

(٥٤) فى الأصل : « عليهم » .

فصل : وإن شَرَطَ العامِلُ أنَّ أجْرَ الأُجَرَاءِ الذين يَحْتَاجُ إلى الاستِعانةِ بهم من الثَّمرَةِ ، وقَدَّرَ الأُجْرَةَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ العَمَلَ عليه ، فإذا شَرَطَ أجْرَهُ من المالِ ، لم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ لِنَفسِه أجْرَ عَمَلِه . وإن لم يُقَدِّرْهُ ، فَسَدَ لذلك ، ولأنَّه مَجْهُولٌ . ويُفارِقُ هذا ما إذا شَرَطَ[55] المُضَارِبُ أجْرَ ما يَحْتاجُ إليهم من الحَمَّالِينَ ونحوِهم ؛ لأنَّ ذلك لا يَلْزَمُ العامِلَ ، فكان على المالِ ، ولو شَرَطَ أجْرَ ما يَلْزَمُه عَمَلُه بنَفْسِه ، لم يَصِحَّ ، كمَسْأَلَتِنا .

فصل : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ المُساقاةَ والمُزَارَعةَ من العُقُودِ الجائِزَةِ ، أوْمَأَ إليه فى رِوَايةِ الأثْرَمِ ، وسُئِلَ عن الأكَّارِ يُخْرِجُ نَفْسَه من غيرِ أن يُخْرِجَهُ صاحِبُ الضَّيْعةِ ، فلم يَمْنَعْهُ من ذلك . ذَكَرَهُ الشيخُ أبو عبد الله ابن حامِدٍ ، وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الحَدِيثِ . وقال بعضُ أصْحَابِنا : هو عَقْدٌ لازِمٌ . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فكان لازِمًا ، كالإجارَةِ ، ولأنَّه لو كان جائِزًا ، جازَ لِرَبِّ المالِ فَسْخُه إذا أدْرَكَتِ الثَّمرَةُ ، فيَسْقُطُ حَقُّ العامِلِ ، فيَسْتَضِرُّ . ولَنا ، ما رَوَى مُسْلِمٌ[56] بإسْنادِه عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّ اليَهُودَ سَأَلُوا رسولَ الله ﷺ أن يُقِرَّهُم بخَيْبَرَ ، على أن يَعْمَلُوها ، ويكونَ لِرسولِ الله ﷺ شَطْرُ ما يَخْرُجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ ، فقال رسولُ الله ﷺ : « نُقِرُّكُم عَلَى ذٰلِكَ مَاشِئْنَا » . ولو كان لازِمًا لم يَجُزْ بغيرِ تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، ولا أن يَجْعَلَ الخِيَرَةَ إليه فى مُدَّةِ إقْرارِهم ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُنْقَلْ عنه أنَّه قَدَّرَ لهم ذلك بمُدَّةٍ ، ولوقَدَّرَ لم يُتْرَكْ نَقْلُه ، لأنَّ هذا ممَّا يُحْتَاجُ إليه ، فلا يجوزُ الإخْلالُ بنَقْلِه ، وعُمَرُ رَضِىَ الله عنه

---

(55) فى ب ، م : « اشترط » .

(56) فى : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٧ ، ١١٨٨ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله ... ، من كتاب الحرث ، وفى : باب ما كان النبى ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم ... ، من كتاب الخمس . صحيح البخارى ٣ / ١٤٠ ، ٤ / ١١٦ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى حكم أرض خيبر ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢ / ١٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٤٩ .

أَجْلَاهُم[٥٧] من الأَرْضِ وأَخْرَجَهُم من خَيْبَرَ ، ولو كانت لهم مُدَّةٌ مُقَدَّرَةٌ ، لم يَجُزْ إِخْراجُهُم منها . ولأنَّه عَقْدٌ على جُزْءٍ من نَماءِ المالِ ، فكان جائِزًا ، كالمُضارَبَةِ ، أو عَقْدٌ على المالِ بِجُزْءٍ من نَمائِه ، أشْبَهَ المُضَارَبَةَ ، وفارَقَ الإِجارَةَ ؛ لأنَّها بَيْعٌ ، فكانت لَازِمةً ، كَبَيْعِ الأَعْيانِ ، ولأنَّ عِوَضَها مُقدَّرٌ مَعْلُومٌ ، فأشْبَهَتِ البَيْعَ . وقِيَاسُهُم يَنْتَقِضُ بالمُضَارَبَةِ ، وهى أشْبَهُ[٥٨] بالمُسَاقاةِ من الإِجارَةِ ، فقِيَاسُها عليها أَوْلَى . وقولُهم : إنَّه يُفْضِى إلى أنَّ رَبَّ المالِ / يَفْسَخُ بعد إِدْراكِ الثَّمرَةِ . قُلْنا : إذا ظَهَرَتِ الثَّمرَةُ ، فهى تَظْهَرُ على مِلْكِهِما ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ العامِلِ منها بِفَسْخٍ ولا غيره ، كما لو فَسَخَ المُضَارَبَةَ بعدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ . فعلى هذا لا يَفْتَقِرُ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، ولذلك لم يَضْرِبِ النبىُّ ﷺ ، ولا خُلَفَاؤُه رَضِىَ اللهُ عنهم ، لأَهْلِ خَيْبَرَ مُدَّةً مَعْلُومةً حين عَامَلُوهُم . ولأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، كالمُضَارَبَةِ ، وسائِرِ العُقُودِ الجائِزَةِ . ومتى فَسَخَ أحدُهما بعدَ ظُهُورِ الثَّمرَةِ ، فهى بينهما على ما شَرَطاهُ . وعلى العامِلِ تَمامُ العَمَلِ ، كما يَلْزَمُ المُضَارِبَ بَيْعُ العُرُوضِ إذا فُسِخَتِ المُضَارَبَةُ بعدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ ، وإن فَسَخَ العامِلُ قبلَ ذلك ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بإسْقاطِ حَقِّه ، فصَارَ كعامِلِ المُضَارَبِةِ إذا فَسَخَ قبلَ ظُهُورِ الرِّبْحِ ، وعامِلِ الجُعَالَةِ إذا فَسَخَ قبلَ إتْمامِ عَمَلِه . وإن فَسَخَ رَبُّ المالِ قبلَ ظُهُورِ الثَّمرَةِ ، فعليه أَجْرُ المِثْلِ لِلْعَامِلِ ؛ لأنَّه مَنَعَهُ إتْمامَ عَمَلِه الذى يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ ، فأشْبَهَ ما لو فَسَخَ الجاعِلُ قبلَ إتْمامِ عَمَلِ الجُعَالَةِ . وفارَقَ رَبَّ المالِ فى المُضَارَبَةِ إذا فَسَخَها قبلَ ظُهُورِ الرِّبْحِ ؛ لأنَّ عَمَلَ هذا مُفْضٍ إلى ظُهُورِ الثَّمرَةِ غالِبًا ، فلَوْلَا الفَسْخُ لظَهَرَتِ الثَّمرَةُ ، فمَلَكَ نَصِيبَه منها ، وقد قَطَعَ ذلك بِفَسْخِه ، فأشْبَه فَسْخَ الجُعَالَةِ ، بخِلَافِ المُضَارَبَةِ ، فإنَّه لا يُعْلَمُ إفْضاؤُها إلى الرِّبْحِ ، ولأنَّ الثَّمرَةَ إذا ظَهَرَتْ فى الشَّجَرِ ، كان العَمَلُ عليها فى الابْتداءِ مِن أسْبابِ ظُهُورِها ، والرِّبْحُ إذا ظَهَرَ فى المُضَارَبَةِ [٥٩]قد لا[٥٩] يكونُ لِلعَمَلِ الأَوَّلِ فيه أثَرٌ أصْلًا . فأمَّا إن قُلْنا : إنَّه عَقْدٌ لازِمٌ . فلا يَصِحُّ إلَّا على مُدَّةٍ

٥/٦٦ظ

---

(٥٧) فى الأصل : « أخلاهم » .

(٥٨) فى الأصل : « تشبه » .

(٥٩ - ٥٩) فى الأصل : « فلا » .

مَعْلُومةٍ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : تَصِحُّ من غيرِ ذِكْرِ مُدَّةٍ ، ويَقَعُ على سَنَةٍ واحِدَةٍ . وأجازَهُ بعضُ أهْلِ الكُوفَةِ استِحْسانًا ؛ لأنَّه لمَّا شَرَطَ له جُزْءًا من الثَّمرَةِ، كان ذلك دَلِيلًا على أنَّه أرادَ مُدَّةً تَحْصُلُ الثَّمرَةُ فيها . ولَنا، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ، فوَجَبَ تَقْدِيرُه بمُدَّةٍ، كالإِجارَةِ، ولأنَّ المُساقاةَ أشْبَهُ بالإِجارَةِ ، لأنَّها تَقْتَضِى العَمَلَ على العَيْنِ مع بَقائِها ، ولأنَّها إذا وَقَعَتْ مُطْلَقَةً ، لم يُمْكِنْ حَمْلُها على إطْلَاقِها مع لُزُومِها ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى أن العامِلَ يَسْتَبِدُّ بالشَّجَرِ كلَّ مُدَّتِه ، فيَصِيرُ كالمالِكِ ، ولا يُمْكِنُ تَقْدِيرُه بالسَّنَةِ ؛ لأنَّه تَحَكُّمٌ ، وقد تَكْمُلُ الثَّمرَةُ فى أقَلَّ من السَّنَةِ ، فعلى هذا لا تَتَقَدَّرُ أكْثَرُ المُدَّةِ ، بل يجوزُ ما يَتَّفِقانِ عليه من المُدَّةِ التى يَبْقَى الشَّجَرُ فيها وإن طَالَتْ . وقد قيل : لا يجوزُ أكْثَرَ من ثَلاثِينَ سَنَةً . وهذا تَحَكُّمٌ ، وتَوْقِيتٌ لا يُصَارُ إليه إلَّا بنَصٍّ أو إجْماعٍ . / فأمَّا أقَلُّ المُدَّةِ ، فيَتَقَدَّرُ بمُدَّةٍ تَكْمُلُ الثَّمرَةُ فيها ، فلا يجوزُ على أقَلَّ منها ؛ لأنَّ المَقْصُودَ أن يَشْتَرِكَا فى الثَّمرَةِ ، ولا يُوجَدُ فى أقَلَّ من هذه المُدَّةِ . فإن سَاقاهُ على مُدَّةٍ لا تَكْمُلُ فيها الثمرَةُ ، فالمُساقاةُ فاسِدَةٌ . فإذا عَمِلَ فيها ، فظَهَرَتِ الثَّمرَةُ ولم تَكْمُلْ ، فله أجْرُ مِثْلِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخر ، لا شىءَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بالعَمَلِ بغيرِ عِوَضٍ ، فهو كالمُتَبَرِّعِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ هذا لم يَرْضَ إلَّا بِعِوَضٍ ، وهو جُزْءٌ من الثَّمرَةِ ، وذلك الجُزْءُ مَوْجُودٌ ، غيرَ أنَّه لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه إليه ، فلما تَعَذَّرَ دَفْعُ العِوَضِ الذى اتَّفَقَا عليه إليه ، كان له[٦٠] أجْرُ مِثْلِه ، كما فى الإِجارَةِ الفاسِدَةِ . وفارَقَ المُتَبَرِّعَ ؛ فإنَّه رَضِىَ بغيرِ شىءٍ . وإن لم تَظْهَرِ الثَّمرَةُ ، فلا شىءَ له ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه رَضِىَ بالعَمَلِ بغيرِ عِوَضٍ . وإن سَاقاهُ إلى مُدَّةٍ تَكْمُلُ فيها الثَّمرَةُ غالِبًا ، فلم يَحْمِلْ تلك السَّنَةَ ، فلا شىءَ للعامِلِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ صَحِيحٌ ، لم يَظْهَرْ فيه النَّماءُ الذى اشْتُرِطَ جُزْؤُه ، فأشْبَهَ المُضارَبَةَ إذا لم يَرْبَحْ فيها . وإن ظَهَرَتِ الثَّمرَةُ ، ولم تَكْمُلْ ، فله نَصِيبُه منها ، وعليه إتْمامُ العَمَلِ فيها ، كما لو انْفَسَخَتْ قبلَ كَمالِها . وإن سَاقاهُ إلى مُدَّةٍ يَحْتَمِلُ أن يكونَ لِلشَّجَرِ ثَمرَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن

٥/٦٧و

---

(٦٠) سقط من : م .

لا يكونَ ، ففى صِحَّةِ المُسَاقاةِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، تَصِحُّ ؛ لأنَّ الشَّجَرَ يَحْتَمِلُ أن يَحْمِلَ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْمِلَ ، والمُسَاقاةُ جائِزَةٌ فيه . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَعْدُومٍ ، ليس الغالِبُ وُجُودَه ، فلم تَصِحَّ ، كالسَّلَمِ فى مثلِ ذلك ، ولأنَّ ذلك غَرَرٌ أَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عنه ، فلم يَجُزِ العَقْدُ معه ، كما لو شَرَطَ ثَمَرَ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها . وفارَقَ ما إذا شَرَطَ مُدَّةً تَكْمُلُ فيها الثَّمرَةُ ، فإنَّ الغالِبَ أنَّ الشَّجَرَ يَحْمِلُ ، واحْتِمالُ أن لا يَحْمِلَ نَادِرٌ ، لم يُمْكِنِ التَّحَرُّزُ عنه . فإن قُلْنا[61] : العَقْدُ صَحِيحٌ . فله حِصَّتُه من الثَّمَرِ . فإن لم يَحْمِلْ ، فلا شىءَ له . وإن قُلْنا : هو فاسِدٌ . اسْتَحَقَّ أجْرَ المِثْلِ ، سواءٌ حَمَلَ أو لم يَحْمِلْ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بغيرِ عِوَضٍ ، ولم يُسَلَّمْ له العِوَضُ ، فكان له العِوَضُ[61] ، وَجْهًا واحِدًا ، بخِلَافِ ما لو جَعَلَ الأَجَلَ إلى مُدَّةٍ لا يَحْمِلُ فى[61] مِثْلِها غالِبًا . ومتى خَرَجَتِ الثَّمرَةُ قبلَ انْقِضاءِ الأجَلِ ، فله حَقُّه منها إذا قُلْنا بِصِحَّةِ العَقْدِ ، وإن خَرَجَتْ بعدَه ، فلا حَقَّ له فيها . ومذهبُ الشّافِعِىِّ فى هذا قَرِيبٌ ممَّا ذَكَرْنا .

فصل : ولا يَثْبُتُ فى المُسَاقاةِ خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ لأنَّها إن كانتْ جائِزَةً . فالجائِزُ مُسْتَغْنٍ بِنَفْسِه عن الخِيَارِ فيه ، وإن كانت لازِمَةً ، فإذا فَسَخَ لم يُمْكِنْ رَدُّ المَعْقُودِ عليه ، وهو العَمَلُ فيها . وأمَّا خِيَارُ المَجْلِسِ فلا يَثْبُتُ إن كانت جائِزَةً ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن كانت لازِمَةً ، فعلى وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّها[62] عَقْدٌ لا يُشْتَرَطُ فيه قَبْضُ العِوَضِ ، ولا يَثْبُتُ فيه خِيَارُ الشَّرْطِ ، فلا يَثْبُتُ فيه خِيَارُ المَجْلِسِ ، كالنِّكَاحِ . والثانى ، يَثْبُتُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ يُقْصَدُ به المالُ ، أشْبَهَ البَيْعَ .

فصل : ومتى قُلْنا بِجَوَازِها ، لم يَفْتَقِرْ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ ؛ لأنَّ إبْقَاءَها إليهما ، وفَسْخَها جائِزٌ لكلِّ واحِدٍ منهما متى شاءَ ، فلم تَحْتَجْ إلى مُدَّةٍ ، كالمُضَارَبةِ . وإن قَدَّرَها بمُدَّةٍ ،

---

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢) سقط من : ب .

جازَ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى التَّقْدِيرِ ، وقد بَيَّنَّا[٦٣] جَوازَ ذلك فى المُضَارَبـةِ ، والمُسَاقـاةُ مثلُها . وتَنْفَسِخُ بمَوْتِ كلِّ واحِدٍ منهما ، وجُنُونِه . والحَجْرِ عليه لِسَفَهٍ ، كقَوْلِنا فى المُضَارَبَةِ . فإذا ماتَ العامِلُ أو رَبُّ المالِ ، انْفَسَخَتِ المُسَاقاةُ فكان الحُكْمُ فيها كما لو فَسَخَها أحدُهما ، على ما أسْلَفْناه . وإن قُلْنا بلُزُومِها ، لم يَنْفَسِخِ العَقْـدُ ، ويَقُـومُ الوارِثُ[٦٤] مَقَامَ المَيِّتِ منهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فأشْبهَ الإجارَةَ . ولكنْ إن كان المَيِّتُ العامِلَ ، فأَبَى وارِثُه القِيامَ مَقَامَه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّ الوارِثَ لا يَلْزَمُه من الحُقُوقِ التى على مَوْرُوثِه[٦٥] إلَّا ما أمْكَنَ دَفْعُه من تَرِكَتِه ، والعَمَلُ ليس ممَّا يُمْكِنُ ذلك فيه . فعلى هذا يَسْتَأْجِرُ الحاكِمُ من التَّرِكَةِ مَن يَعْمَلُ العَمَلَ ، فإن لم تَكُنْ له تَرِكَةٌ ، أو تَعَذَّرَ الاسْتِئْجارُ منها ، فلِرَبِّ المالِ الفَسْخُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ المَعْقُودِ عليه ، فيَثْبُتُ الفَسخُ ، كما لو تَعَذَّرَ ثَمَنُ المَبيعِ قبلَ قَبْضِه ، ثم إن كانت الثّمَرَةُ قد ظَهَرَتْ ، بِيعَ من نَصِيبِ العامِلِ ما يَحْتاجُ إليه لأَجْرِ ما بَقِىَ من العَمَلِ ، واسْتُؤْجِرَ من يَعْمَلُ ذلك . وإن احْتِيجَ إلى بَيْعِ الجَمِيعِ ، بِيعَ . ثم لا يَخْلُو إمَّا أن تكونَ الثمَرَةُ قد بَدَا صَلَاحُها أو لم يَبْدُ ، فإن كانتْ قد بَدَا صَلَاحُها ، خُيِّرَ المالِكُ بين البَيْعِ والشِّرَاءِ ، فإن اشْتَرَى نَصِيبَ العامِلِ ، جازَ ، وإن اخْتارَ بَيْعَ نَصِيبِه أيضا ، باعَهُ، وباعَ الحاكِمُ نَصِيبَ العامِلِ ، وإن أَبى البَيْعَ والشِّرَاءَ ، باعَ الحاكِمُ نَصِيبَ العامِلِ وحدَه ، وما بَقِىَ على العامِلِ من العَمَلِ يُكْتَرَى عليه مَن يَعْمَلُه ، وما فَضَلَ لِوَرَثَتِه ، وإن كان لم يَبْدُ صَلَاحُها ، خُيِّرَ المالِكُ أيضا ، فإنْ بِيعَ لأَجْنَبِيٍّ ، لم يَجُزْ إلَّا بِشَرْطِ القَطْعِ ، ولا يجوزُ بَيْعُ نَصِيبِ العامِلِ وحدَه ، لأنَّه لا يُمْكِنُ[٦٦] قَطْعُه إلَّا بِقَطْعِ نَصِيبِ المالِكِ ؛ فيَقِـفُ إمكانُ قَطْعِه على قَطْعِ مِلْكِ غيرِه . وهل يجوزُ

---

(٦٣) فى ب ، م : « تبينا » .

(٦٤) فى ب : « وارث الميت » .

(٦٥) فى م : « مورثه » .

(٦٦) فى ب ، م : « يمكنه » .

٥/٦٨و

شِرَاءُ المالِكِ لها ؟ على / وَجْهَيْنِ ، وهكذا الحُكْمُ إذا انْفَسَخَتِ المُسَاقاةُ[٦٧] بِمَوْتِ العامِلِ ، لِقَوْلِنا بِجَوازِها وأَبَى الوارِثُ العَمَلَ . وإن اخْتارَ رَبُّ المالِ البَقاءَ على المُسَاقاةِ ، لم تَنْفَسِخْ إذا قُلْنا بِلُزُومِها ، ويَسْتَأْذِنُ الحاكِمَ فى الإنْفَاقِ على الثَّمرَةِ ، ويَرْجِعُ بما أنْفَقَ ، فإن عَجَزَ عن اسْتِئْذانِ الحاكِمِ ، فأنْفَقَ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ ، وأشْهَدَ على الإنْفاقِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ ، رَجَعَ بما أنْفَقَ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مُضْطَرٌّ . وإن أمْكَنَهُ اسْتِئْذانُ الحاكِمِ ، فأنْفَقَ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ من غيرِ اسْتِئْذانِه ، فهل يَرْجِعُ بذلك ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن تَبَرَّعَ بالإنْفاقِ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو تَبَرَّعَ بالصَّدَقةِ . والحكمُ فيما إذا أنْفَقَ على الثَّمرَةِ بعد فَسْخِ العَقْدِ إذا تَعَذَّرَ بَيْعُها ، كالحُكْمِ هٰهُنا سَواء .

فصل : وإن هَرَبَ العامِلُ ، فلِرَبِّ المالِ الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ . وإن قُلْنا بِلُزُومِه ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو ماتَ وأبَى وارِثُه أن يَقُومَ مَقامَه ، إلَّا أنَّه إن لم يَجِد الحاكِمُ له مالًا ، وأمْكَنَه الاقْتِراضُ عليه من بَيْتِ المالِ أو غيرِه ، فَعَلَ ، وإن لم يمكنْه ، ووَجَدَ من يَعْمَلُ بأُجْرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ إلى وَقْتِ إدْراكِ الثَّمرَةِ ، فَعَلَ ، فإن لم يَجِدْ ، فلِرَبِّ المالِ الفَسْخُ . أمَّا المَيِّتُ فلا يَقْتَرِضُ عليه ؛ لأنَّه لا ذِمَّةَ له .

فصل : والعامِلُ أمِينٌ ، والقولُ قولُه فيما يَدَّعِيه من هَلَاكٍ ، وما يُدَّعَى عليه من خِيَانةٍ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ ائْتَمَنَهُ بِدَفْعِ[٦٨] مالِه إليه ، فهو كالمُضارِبِ ، فإن اتُّهِمَ ، حَلَفَ ، فإن ثَبَتَتْ خِيانَتُه بإقْرارٍ أو بِبَيِّنَةٍ أو نُكُولِه ، ضُمَّ إليه مَنْ يُشْرِفُ عليه ، فإن لم يُمْكِنْ حِفْظُه ، اسْتُؤْجِرَ من مالِه مَن يَعْمَلُ عَمَلَهُ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أصْحابُ مالِكٍ : لا يُقَامُ غيرُه مُقَامَه ، بل يُحْفَظُ منه ؛ لأنَّ فِسْقَهُ لا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ المَنافِعِ المَقْصُودَةِ منه ، فأشْبَهَ ما لو فَسَقَ بغيرِ الخِيَانَةِ . ولَنا ، أنَّه تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ المَنافِعِ

---

(٦٧) فى ب : « فى المساقاة » .

(٦٨) فى ب : « بدفعه » .

الْمَقْصُودَةِ منه ، فاسْتُوفِيَتْ بغيره ، كما لو هَرَبَ . ولا نُسَلِّمُ إِمْكانَ اسْتِيفاءِ المَنَافِعِ منه ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ منه[69] تَرْكُها ، ولا يُوثَقُ منه بِفِعْلِها ، ولا نقولُ إنَّ له فَسْخَ المُسَاقاةِ ، وإنَّما[70] نقولُ : لمَّا[70] لم يُمْكِنْ حِفْظُها من خِيَانَتِكَ ، أَقِمْ غيرَكَ يَعْمَلْ ذلك ، وارْفَعْ يدَكَ[71] عنها ؛ لأنَّ الأَمَانَةَ قد تَعَذَّرَتْ فى حَقِّكَ ، فلا يَلْزَمُ رَبَّ المالِ ائْتِمانُكَ . وفارَقَ فَسْخَه بغيرِ الخِيَانةِ ؛ فإنَّه لا ضَرَرَ على رَبِّ المالِ ، وهٰهُنا يَفُوتُ مالُه .

٥/٦٨ظ / **فصل** : فإن عَجَزَ عن العَمَلِ ، لِضَعْفِه مع أَمانَتِه ، ضُمَّ إليه غيرُه ، ولا يُنْزَعُ من يَدِه ؛ لأنَّ العَمَلَ مُسْتَحَقٌّ عليه ، ولا ضَرَرَ فى بَقَاءِ يَدِه عليه . وإن عَجَزَ بالكُلِّيَةِ ، أقامَ مُقَامَه مَن يَعْمَلُ ، والأُجْرَةُ عليه فى المَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّ عليه تَوْفِيَةَ العَمَلِ ، وهَذا من تَوْفِيَتِه .

فصل : وإن اخْتَلَفَا فى الجُزْءِ المَشْرُوطِ للعامِلِ ، فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ . وقال مالِكٌ : القولُ قولُ العامِلِ ، إذا ادَّعَى ما يُشْبِهُ ؛ لأنَّه أقْوَى سَبَبًا ، لِتَسَلُّمِه لِلْحائِطِ والعَمَلِ . وقال الشافِعِىُّ : يَتَحالَفانِ ، وكذلك إن اخْتَلَفَا فيما تَنَاوَلَتْه المُسَاقاةُ من الشَّجَرِ . ولَنا ، أنَّ رَبَّ المالِ مُنْكِرٌ لِلزِّيَادةِ التى ادَّعاهَا العامِلُ ، فيكونُ القولُ قولَه ؛ لقولِه عليه السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى ، والْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[72] . فإن كان مع أَحدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، وإن كان مع كلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، ففى أَيِّهما تَقَدَّمَ بِبَيِّنَتِه وَجْهانِ ، بِنَاءً على بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخارِجِ . فإن كان الشَّجَرُ لِاثْنَيْنِ ، فصَدَّقَ أَحَدُهما العامِلَ ، وكَذَّبَهُ الآخَرُ ، أَخَذَ نَصِيبَه من مالِ المُصَدِّقِ . فإن شَهِدَ على المُنْكِرِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه إذا كان عَدْلًا ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ ضَرَرًا ،

---

(٦٩) فى م : « من » .

(٧٠–٧٠) سقط من : م . وفى ب : « نقول ما » .

(٧١) فى ب ، م : « بدلا » .

(٧٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

وَيَحْلِفُ مع شَاهِدِه ، وإن لم يَكُنْ عَدْلًا ، كانت شَهَادَتُه كعَدَمِها . ولو كان العامِلُ اثْنَيْنِ ، ورَبُّ المالِ واحِدًا ، فشَهِدَ أحَدُهما على صَاحِبِه ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه أيضا ؛ لما ذَكَرْنا .

فصل : ويَمْلِكُ العامِلُ حِصَّتَه من الثَّمَرةِ بِظُهُورِها ، فلو تَلِفَتْ[73] كلُّها إلَّا واحِدَةً ، كانت بينهما . وهذا أحدُ قَوْلَي الشافِعِيِّ . والثانى يَمْلِكُه بالمُقَاسَمةِ ، كالقِرَاضِ . ولَنا ، أنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فيَثْبُتُ مُقْتَضاهُ ، كسائِرِ الشُّرُوطِ الصَّحِيحَةِ ، ومُقْتَضاه كونُ الثَّمَرةِ بينهما على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لو لم يَمْلِكْها قبلَ القِسْمَةِ ، لما وَجَبَتِ القِسْمةُ ، ولا مَلَكَها ، كالأُصُولِ . وأمَّا القِرَاضُ ، فإنَّه يَمْلِكُ الرِّبْحَ فيه[74] بالظُّهُورِ كمَسْأَلَتِنا ، ثم الفَرْقُ بينهما أنَّ الرِّبْحَ وِقَايَةٌ لِرَأْسِ المالِ ، فلم يَمْلِكْ حتى يُسَلِّمَ رَأْسَ المالِ لِرَبِّه ، وهذا ليس بِوِقَايةٍ[75] لشيءٍ ، ولذلك لو تَلِفَتِ الأُصُولُ كلُّها كانت الثَّمَرةُ بينهما . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَلْزَمُ كلَّ واحِدٍ منهما زَكَاةُ نَصِيبِه ، إذا بَلَغَتْ حِصَّتُه نِصَابًا . نَصَّ عليه أحمدُ فى المُزَارَعةِ . وإن لم تَبْلُغ النِّصَابَ إلَّا بِجَمْعِهِما ، لم تَجِبْ ؛ لأنَّ الخُلْطَةَ لا تُؤَثِّرُ فى غيرِ المَوَاشِى فى الصَّحِيحِ . وعنه أنَّها تُؤَثِّرُ ، فتُؤَثِّرُ هـٰهُنا ، فيُبْدَأُ بإخْرَاجِ الزَّكاةِ ثم يقْتَسِمانِ[76] ما / بَقِىَ . وإن كانت حِصَّةُ أحَدِهما تَبْلُغُ نِصابًا دُونَ الآخر ، فعلى مَن بَلَغَتْ حِصَّتُه نِصابًا الزَّكَاةُ دُونَ الآخر ، يُخْرِجُها بعدَ المُقَاسَمةِ ، إلَّا أن يكونَ لمن لم تَبْلُغْ حِصَّتُه نِصَابًا ما يَتِمُّ به النِّصَابُ مِن مَوَاضِعَ[77] أُخَرَ ، فتَجِبُ عليهما جَمِيعًا الزَّكاةُ . وكذلك إن كان لأحَدِهما ثَمَرٌ من جِنْسِ حِصَّتِه ، يَبْلُغانِ بمَجْمُوعِهما نِصَابًا ، فعليه الزَّكاةُ فى حِصَّتِه . وإن كان أحدُ الشَّرِيكَيْنِ ممَّن لا زَكاةَ عليه ، كالمُكَاتَبِ ، والذِّمِّىِّ .

٥/٦٩و

---

(٧٣) فى ب ، م : « أتلفت » .

(٧٤) فى الأصل : « منه » .

(٧٥) فى الأصل : « وقاية » .

(٧٦) فى ب ، م : « يقسمان » .

(٧٧) فى الأصل : « مكان » . وفى ب : « موضع » .

فعلى الآخَر زَكَاةُ حِصَّتِه إن بَلَغَتْ نِصَابًا . وبهذا كلِّه قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ . وقال اللَّيْثُ : إن كان شَرِيكُه نَصْرَانِيًّا ، أعْلَمَه أنَّ الزَّكاةَ مُؤَدَّاةٌ فى الحائِطِ ، ثم يُقَاسِمُه بعدَ الزَّكاةِ ما بَقِىَ . ولَنا ، أنَّ النَّصْرَانِيَّ لا زَكاةَ عليه ، فلا يَخْرُجُ من حِصَّتِه شيءٌ ، كما لو انْفَرَدَ بها ، وقد رَوَى أبو دَاوُدَ ، فى « السُّنَنِ »[78] ، عن عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالتْ : كان رسولُ اللهِ ﷺ يَبْعَثُ عبدَ اللهِ بن رَوَاحَةَ ، فيَخْرُصُ النَّخْلَ حين يَطِيبُ ، قبل أن يُؤْكَلَ منه ، ثم يُخَيِّرُ يَهُودَ خَيْبَرَ ، أيَأْخُذُونَه بذلك الخَرْصِ ، أم يَدْفَعُونَهُ إليهم بذلك الخَرْصِ ، لكى تُحْصَى الزَّكاةُ قبلَ أن تُؤْكَلَ الثِّمارُ وتُفَرَّقَ[79] . قال جابِرٌ : خَرَصَها ابنُ رَوَاحَةَ أرْبَعِينَ ألْفَ وَسْقٍ ، وزَعَمَ أنَّ اليَهُودَ لمَّا خَيَّرَهُم ابنُ رَوَاحَةَ أخَذُوا الثَّمَرَةَ[80] وعليهم عِشْرُونَ ألْفَ وَسْقٍ .

فصل : وإن ساقاهُ على أرْضٍ خَرَاجِيَّة ، فالخَرَاجُ[81] على رَبِّ المالِ ؛ لأنَّه يَجِبُ على الرَّقَبَةِ ، بِدَلِيلِ أنَّه يَجِبُ سواءٌ أثْمَرَتِ الشَّجَرُ[82] أو لم تُثْمِرْ . ولأنَّ الخَرَاجَ يَجِبُ أُجْرَةً للأرْضِ ، فكان على رَبِّ الأرْضِ ، كما لو اسْتَأْجَرَ أرْضًا وزارَعَ غيرَه فيها . وبهذا قال الشافِعِيُّ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، فى الذى يَتَقَبَّلُ الأرْضَ البَيْضاءَ لِيَعْمَلَ عليها ، وهى من أرْضِ السَّوَادِ يَتَقَبَّلُها من السُّلْطانِ ، فعلى مَن يَقْبَلُها أن يُؤَدِّىَ وَظِيفَةَ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، ويُؤَدِّىَ العُشْرَ بعد وَظِيفَةِ عمرَ . وهذا مَعْناه - واللهُ أعلمُ - إذا دَفَعَ السُّلْطانُ أرْضَ الخَرَاجِ إلى رَجُلٍ يَعْمَلُها ويُؤَدِّى خَرَاجَها ، فإنَّه يَبْدَأُ فيُؤَدِّى خَرَاجَها ، ثم يُزَكِّى ما بَقِىَ . كما ذَكَرَه الخِرَقِيُّ فى بابِ الزَّكاةِ . ولا تَنَافِىَ بين ذلك وبين ما ذَكَرْنا هـٰهُنا ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

---

(78) فى : باب فى الخرص ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 236 .
(79) فى الأصل : « وتفترق » .
(80) فى ب ، م : « التمر » .
(81) فى م : « فالخارج » . خطأ .
(82) فى ب ، م : « الشجرة » .

٨٨٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ فَضْلَ دَرَاهِمَ)

يعنى إذا شَرَطَ جُزْءًا مَعْلُومًا من الثَّمرَةِ، ودَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، كعَشَرَةٍ ونحوها، لم يَجُزْ بغيرِ خِلَافٍ ؛ / لأنَّه ربما لم يَحْدُثْ من النَّماءِ ما يُسَاوِى تلك الدَّرَاهِمَ ، فيَتَضرَّرُ رَبُّ المالِ ، ولذلك مَنَعْنَا من اشْتِرَاطِ أَقْفِزَةٍ مَعْلُومَةٍ . ولو شَرَطَ له دَرَاهِمَ مُنْفَرِدَةً عن الجُزْءِ ، لم يَجُزْ ؛ لذلك . ولو جَعَلَ له ثَمَرَةَ سَنَةٍ غيرِ السَّنَةِ التى سَاقَاهُ فيها ، أو ثَمَرَ شَجَرٍ غيرِ الشَّجَرِ الذى سَاقَاهُ عليه ، أو شَرَطَ عليه عَمَلًا فى غير الشَّجَرِ الذى سَاقَاهُ عليه ، أو عَمَلًا فى غيرِ السَّنَةِ ، فسَدَ العَقْدُ ، سواءٌ جَعَلَ ذلك كُلَّ حَقِّه أو بعضَه [(١)أو جَمِيعَ العَمَلِ ، أو بعضَه(١)] ؛ لأنَّه يُخَالِفُ مَوْضُوعَ المُسَاقاةِ ، إذ مَوْضُوعُها أن يَعْمَلَ فى شَجَرٍ مُعَيَّنٍ ، بجُزْءٍ مُشَاعٍ من ثَمَرتِه ، فى ذلك الوَقْت الذى يَسْتَحِقُّ عليه فيه العَمَلَ .

٦٩/٥ ظ

فصل : وإذا ساقَى رَجُلًا ، أو زَارَعَه ، فعامَلَ العامِلُ غيرَه على الأَرْضِ أو الشَّجَرِ[(٢)] ، لم يَجُزْ ذلك . وبهذا قال أبو يوسفَ ، وأبو ثَوْرٍ . وأجَازَه مالِكٌ ، إذا جاءَ برَجُلٍ أَمِينٍ . ولَنا ، أنَّه عامِلٌ فى المالِ بجُزْءٍ من نَمَائِه ، فلم يَجُزْ أن يُعامِلَ غيرَه فيه ، كالمُضَارِبِ ، ولأنَّه إنَّما أُذِنَ له فى العَمَلِ فيه ، فلم يَجُزْ أن يَأْذَنَ لغيرِه ، كالوَكِيلِ . فأمَّا إن اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، فله أن يُزَارِعَ غيرَه فيها ؛ لأنَّها صارَتْ مَنَافِعُها مُسْتَحَقَّةً له ، فمَلَكَ المُزَارَعةَ فيها ، كالمالِكِ ، والأُجْرَةُ على المُسْتَأْجِرِ دُونَ المُزَارِعِ ، كما ذَكَرْنا فى الخَرَاجِ . وكذلك يجوزُ لمن فى يَدِه أَرْضٌ خَرَاجِيَّةٌ أن يُزَارِعَ فيها ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ لها . ولِلْمَوْقُوفِ عليه أن يُزَارِعَ فى الوَقْفِ ، ويُسَاقِىَ على شَجَرِهِ ؛ لأنَّه إمَّا مالِكٌ لِرَقَبَةِ ذلك ، أو بمَنْزِلَةِ المالِكِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا عندَ مَن أجازَ[(٣)] المُسَاقاةَ والمُزَارَعةَ . واللهُ أعلمُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ب ، م : « والشجر » .

(٣) فى الأصل : « اختار » .

فصل : وإذا ساقاهُ على وَدِىِّ النَّخْلِ[٤] ، أو صِغَارِ الشَّجَرِ ، إلى مُدَّةٍ يَحْمِلُ فيها غالِبًا ، ويكونُ له فيها[٥] جُزْءٌ من الثَّمرَةِ مَعْلُومٌ ، صَحَّ ؛ لأنَّه ليس فيه أكْثَرُ من أنَّ عَمَلَ العامِلِ يَكْثُرُ ، ونَصِيبَه يَقِلُّ ، وهذا لا يَمْنَعُ صِحَّتَها ، كما لو جَعَلَ له سَهْمًا من ألْفِ سَهْمٍ . وفيه الأقْسامُ التى ذَكَرْنا[٦] فى كِبارِ النَّخْلِ والشَّجَرِ ، وهى أنَّنا إنْ قُلْنا : المُسَاقاةُ عَقْدٌ جائِزٌ . لم نَحْتَجْ إلى ذِكْرِ مُدَّةٍ . وإن قُلْنا : هو لازِمٌ . ففيه ثلاثةُ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، أن يَجْعَلَ المُدّةَ زَمَنًا يَحْمِلُ فيه غالِبًا ، فيَصِحُّ ، فإن حَمَلَ فيها فلَه ما شَرَطَ له ، وإن لم يَحْمِلْ فيها فلا شىءَ له . والثانى ، أن يَجْعَلَها إلى زَمَنٍ لا يَحْمِلُ فيه غالِبًا ، فلا يَصِحُّ ، وإن عَمِلَ فيها[٧] فهل يَسْتَحِقُّ الأجْرَ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن حَمَلَ فى المُدَّةِ ، لم يَسْتَحِقَّ ما جَعَلَ له ؛ لأنَّ العَقْدَ وَقَعَ فاسِدًا . فلم يَسْتَحِقَّ ما شُرِطَ فيه . والثالث / ، أن يَجْعَلَ المُدَّةَ زَمَنًا يَحْتَمِلُ أن يَحْمِلَ فيها ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْمِلَ ، فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْنِ . فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ . اسْتَحَقَّ الأجْرَ . وإن قُلْنا : يَصِحُّ . فحَمَلَ فى المُدَّةِ ، اسْتَحَقَّ ما شَرَطَ له ، وإن لم يَحْمِلْ فيها ، لم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا . وإن شَرَطَ له[٨] نِصْفَ الثَّمرَةِ ونِصْفَ الأصْلِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَ المُساقاةِ أن يَشْتَرِكا فى النَّماءِ والفائِدَةِ ، فإذا شَرَطَ اشْتِراكَهُما فى الأصْلِ ، [٩]لم يَجُزْ[٩] ، كما لو شَرَطَ فى المُضارَبَةِ اشْتِراكَهُما فى رَأْسِ المالِ . فعلَى هذا يكونُ له أجْرُ مِثْلِه . وكذلك لو جَعَلَ له جُزْءًا من ثَمَرَتِها ، مُدَّةَ بَقَائِها ، لم يَجُزْ . وإن جَعَلَ له ثَمَرَةَ عامٍ بعدَ مُدَّةِ المُساقاةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُخَالِفُ مَوْضُوعَ المُساقاةِ .

٥/٧٠و

فصل : وإن ساقاهُ على شَجَرٍ يَغْرِسُه ، ويَعْمَلُ فيه حتى يَحْمِلَ ، ويكونُ له جُزْءٌ من

---

(٤) ودى النخل : صغاره .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) فى الأصل : « ذكرناها » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

الثَّمرةِ مَعْلومٌ ، صَحَّ أيضا . والحُكْمُ فيه كما لو ساقاهُ على صِغَارِ الشَّجرِ ، على ما بَيَّناه . وقد قال أحمدُ ، فى رِوايةِ المَرُّوذِىِّ ، فى رَجُلٍ قال لِرَجُلٍ : اغْرِسْ فى أَرْضِى هذه شَجْرًا أو نَخْلًا ، فما كان من غَلَّةٍ فلَكَ بعَمَلِك[10] كذا وكذا سَهْمًا ، من كذا وكذا . فأجَازَه ، واحْتَجَّ بحَدِيثِ خَيْبَرَ فى الزَّرْعِ والنَّخِيلِ[11] ، لكنْ بِشَرْطِ أن يكونَ الغَرْسُ من رَبِّ الأَرْضِ ، كما يُشْتَرَطُ فى المُزَارَعةِ كونُ البَذْرِ من رَبِّ الأرْضِ ، فإن كان من العامِلِ ، خُرِّجَ على الرِّوَايَتَيْنِ ، فيما إذا اشْتَرَطَ البَذْرَ[12] فى المُزارَعةِ من العامِلِ . وقال القاضى : المُعَامَلةُ باطِلَةٌ ، وصاحِبُ الأرْضِ بالخِيَارِ بينَ تَكْلِيفِه قَلْعَها ، ويَضْمَنُ له أَرْشَ نَقْصِها ، وبين إقْرارِها فى أرْضِه ، ويَدْفَعُ إليه قِيمَتَها ، كالمُشْتَرِى إذا غَرَسَ فى الأرْضِ التى اشْتَراها ، ثم جاءَ الشَّفِيعُ فأخَذَها . وإن اخْتارَ العامِلُ قَلْعَ شَجَرِه ، فله ذلك ، سواءٌ بَذَلَ له القِيمَةَ أو لم يَبْذُلْها ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فلم يُمْنَعْ تَحْوِيلَه . وإن اتَّفَقا على إبْقاءِ الغِراسِ[13] ، ودَفْعِ أجْرِ الأرْضِ ، جازَ . ولو دَفَعَ أرْضَه إلى رَجُلٍ يَغْرِسُها ، على أنَّ الشَّجَرَ بينهما ، لم يَجُزْ ، على ما سَبَقَ . ويَحْتَمِلُ الجَوازُ ، بِناءً على المُزَارَعةِ ، فإنَّ المُزارِعَ يَبْذُرُ فى الأرْضِ ، فيكونُ الزَّرْعُ بينه وبين صاحِبِ الأرْضِ ، وهذا نَظِيرُه . وإن دَفَعَها على أنَّ الأرْضَ والشَّجَرَ بينهما ، فالمُعَامَلةُ فاسِدَةٌ ، وَجْهًا واحِدًا . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا ؛ لأنَّه شَرَطَ اشْتِرَاكَهُما فى الأصْلِ ، ففَسَدَ ، كما لو دَفَعَ إليه الشَّجَرَ والنَّخِيلَ لِيكونَ الأصْلُ والثَّمرةُ بينهما ، أو شَرَطَ فى المُزَارَعةِ كَوْنَ الأرْضِ والزَّرْعِ بينهما .

٥/٧٠ظ /**فصل** : وإذا ساقاهُ على شَجَرٍ ، فبانَ مُسْتَحَقًّا بعدَ العَمَلِ ، أخَذَهُ رَبُّه وثَمرَتَهُ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، ولا حَقَّ للعامِلِ فى ثَمرَتِه ؛ لأنَّه عَمِلَ فيها بغيرِ إذْنِ مالِكِها ، ولا أجْرَ له عليه ؛

---

(١٠) فى م : « بعمل » .

(١١) فى الأصل : «والنخل». وتقدم تخريج حديث خيبر فى صفحات ٥٢٧، ٥٣١، ٥٤٢ .

(١٢) فى الأصل : « القلع » .

(١٣) فى الأصل : « الغرس » .

لذلك ، وله أجْرُ مِثْلِه على الغاصِبِ ؛ لأنَّه غرَّه واستْعْمَلَه ، فلَزِمَهُ الأجْرُ ، كما لو غَصَبَ نُقْرَةً فاستْأْجَرَ مَن ضَرَبَها دَرَاهِمَ . وإن شَمَّسَ الثَّمرةَ فلم تَنْقُصْ ، أخذهَا ربُّها ، وإن نَقَصَتْ ، فلِرَبِّها أرْشُ نَقْصِها ، ويَرْجِعُ به على من شاءَ منهما ، ويَسْتَقِرُّ ذلك على الغاصِبِ . وإن اسْتُحِقَّتْ بعدَ أن اقْتَسَماها ، وأكَلاها ، فلِرَبِّها تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، فله[14] تَضْمِينُه الكلَّ ، وله تَضْمِينُه قَدْرَ نَصِيبِه ، ويُضَمِّنُ[15] العامِلَ قَدْرَ نَصِيبِه ؛ لأنَّ الغاصِبَ سَبَبُ يَدِ العامِلِ ، فلَزِمَه ضَمَانُ الجَمِيعِ . فإن ضَمَّنَهُ الكلَّ ، رَجَعَ على العامِلِ بقَدْرِ نَصِيبِه ؛ لأنَّ التَّلَفَ وُجِدَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، ويَرْجِعُ العامِلُ على الغاصِبِ بأجْرِ مِثْلِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ الغاصِبُ على العامِلِ بشيءٍ ؛ لأنَّه غَرَّه ، فلم يَرْجِعْ عليه ، كما لو أطْعَمَ إنْسانًا شَيْئًا ، وقال له[16] : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . ثم تَبَيَّنَ أنَّه مَغْصُوبٌ . وإن ضَمَّنَ العامِلَ ، احْتَمَلَ أنَّه[17] لا يُضَمِّنُه إلَّا نَصِيبَه خاصَّةً ؛ لأنَّه ما قَبَضَ الثَّمرَةَ كلَّها ، وإنَّما كان مُرَاعِيًا لها وحافِظًا ، فلا يَلْزَمُه ضَمَانُها ما لم يَقْبِضْها . ويَحْتَمِلُ أن يُضَمِّنَه الكلَّ ؛ لأنَّ يَدَهُ ثَبَتَتْ على الكلِّ مُشاهَدَةً بغيرِ حَقٍّ . فإن ضَمَّنَهُ الكُلَّ ، رَجَعَ العامِلُ[18] على الغاصِبِ ببَدَلِ نَصِيبِه[19] منها ، وأجْرِ مِثْلِه . وإن ضَمَّنَ كلَّ واحِدٍ منهما ما صارَ إليه ، رَجَعَ العامِلُ على الغاصِبِ بأجْرِ مِثْلِه لا غيرُ . وإن تَلِفَتِ الثَّمرَةُ فى شَجَرِها ، أو بعدَ الجِذَاذِ قبلَ القِسْمَةِ ، فمن جَعَلَ العامِلَ قابِضًا لها بثُبُوتِ يَدِه على حائِطِها ، قال : يَلْزَمُه ضَمَانُها . ومن قال[20] : لا يكونُ قابِضًا إلَّا بأخْذِ نَصِيبِه منها . قال : لا يَلْزَمُه الضَّمانُ ، ويكونُ على الغاصِبِ .

---

(١٤) فى الأصل : « قدر » .
(١٥) فى الأصل : « وتضمين » .
(١٦) سقط من : الأصل .
(١٧) فى ب : « أن » .
(١٨) سقط من : الأصل ، ب .
(١٩) فى الأصل : « تضمينه » .
(٢٠) فى م : « جعله » .

باب المُزارَعةِ*

٨٨٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وتَجوزُ المُزارَعةُ ببَعْضِ ما يَخرُجُ مِنَ[1] الأرْضِ**)

مَعْنَى المُزارَعِةِ : دَفْعُ الأرْضِ إلى مَن يَزْرَعُها ويَعْمَلُ عليها ، والزَّرْعُ بينهما . وهى جائزَةٌ فى قولِ كَثيرٍ من أهْلِ العِلْمِ ، قال البُخارِيُّ[2] : قال أبو جعفرٍ : ما بالمَدِينَةِ أهْلُ بَيْتٍ إلَّا ويَزْرَعُونَ على الثُّلُثِ والرُّبْعِ ، وزارَعَ علِيٌّ وسَعْدٌ ، وابنُ مسعودٍ ، وعمرُ بن عبد العَزِيزِ ، والقاسِمُ ، وعُرْوَةُ ، وآلُ / أبى بَكْرٍ ، وآلُ عَلِيٍّ ، وابنُ سِيرِينَ . وممَّن رَأَى ذلك سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وطَاوُسٌ ، وعبدُ الرحمنِ بن الأسْوَدِ ، وموسى بن طَلْحَةَ[3] ، والزُّهْرِيُّ ، وعبدُ الرَّحْمَنِ بن أبى لَيْلَى ، وابْنُه ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . ورُوِىَ ذلك عن مُعاذٍ ، والحَسَنِ ، وعبدِ الرَّحْمنِ بن يَزِيدَ . قال البُخارِيُّ[2] : وعامَلَ عمرُ الناسَ على أنَّه إن جاءَ عُمَرُ بالبَذْرِ من عندِه ، فلَه الشَّطْرُ ، وإن جاءُوا بالبَذْرِ ، فلهم كذا . وكَرِهَها عِكْرِمَةُ ، ومجاهِدٌ ، والنَّخَعِيُّ ، وأبو حنيفةَ . ورُوِى عن ابنِ عَبَّاسٍ الأمْرانِ جَمِيعًا . وأجازَها الشافِعِيُّ فى الأرْضِ بين النَّخِيلِ ، إذا كان بَياضُ الأرْضِ أقَلَّ ، فإن كان أكْثَرَ فعلى وَجْهَيْنِ . ومَنَعها فى الأرْضِ البَيْضَاءِ ؛ لما رَوَى رافِعُ بن خَدِيجٍ قال : كُنَّا نُخابِرُ على عَهْدِ رسولِ الله ﷺ . [4]فذَكَرَ أنَّ بعضَ عُمُومَتِه أتاه ، فقال : نَهَى رسولُ الله ﷺ[4] عن أمْرٍ كان لنا نافِعًا ، وطَوَاعِيةُ رَسُولِ الله ﷺ أنْفَعُ . قال ، قُلْنا : ما ذاك ؟ قال : قال

٧١/٥ و

(*) هذا العنوان لم يرد فى الأصل .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى باب المزارعة بالشطر ، من كتاب الحرث . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ .

(٣) موسى بن طلحة بن عبيد الله التيمى ، كان يسمى فى زمانه المهدى ، توفى سنة ثلاث ومائة . العبر ١ / ١٢٦ .

(٤ ـ ٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

رسولُ الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، ولا يُكْرِيها بثُلُثٍ ولا بِرُبْعٍ ، ولا بِطَعَامٍ مُسَمًّى »[٥] . وعن ابن عمرَ ، قال : ما كُنّا نَرَى بالمُزَارَعةِ بَأْسًا حتى سمعتُ[٦] رافعَ بن خَدِيجٍ يقولُ : نَهَى رسولُ الله ﷺ عنها[٧] . وقال جابرٌ : نَهَى رسولُ الله ﷺ عن المُخَابَرةِ[٨] . وهذه كلها أَحَادِيثُ صِحَاحٌ ، مُتَّفَقٌ عليها . والمُخَابَرةُ : المُزَارَعةُ . واشْتِقَاقُها من الخَبَارِ ، وهى الأَرْضُ اللَّيِّنَةُ ، والخَبِيرُ : الأَكَّارُ . وقيل : المُخَابَرةُ مُعَامَلَةُ أَهْلِ خَيْبَرَ . وقد جاء حَدِيثُ جابرٍ مُفَسَّرًا ، فروَى البُخَارِيُّ[٩] ، بإسْنَادِهِ[١٠] عن

---

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب ما كان من أصحاب النبى ﷺ يواسى بعضهم بعضا فى الزراعة والثمرة ، من كتاب الحرث والمزارعة ، صحيح البخارى ٣ / ١٤١ . ومسلم ، فى : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التشديد فى ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ . وابن ماجه ، فى : باب استكراء الأرض بالطعام ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣ ، ٨٢٤ .

وأخرج البخارى نحوه فى : باب ما كان من أصحاب النبى ﷺ يواسى بعضهم بعضا فى الزراعة والثمرة ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ٣ / ١٤١ .

(٦) فى م : « سمعنا » .

(٧) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود فى المواضع السابقة ، كما أخرجه النسائى ، فى : باب كراء الأرض بالثلث والربع ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٦ ، ٣٧ . وابن ماجه ، فى : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٠ .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣ / ١٥١ . ومسلم ، فى : باب النهى عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة .... ، وباب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٤ ، ١١٧٥ ، ١١٧٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن الثنيا ، وباب ما جاء فى المخابرة والمعاومة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩٠ ، ٦ / ٥٢ . والنسائى ، فى : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، وباب الزرع بالطعام ، وباب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، فى المسند : ٣ / ٣١٣ ، ٣٥٦ ، ٣٩١ .

(٩) فى : باب فضل المنيحة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣ / ٢١٧ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٧ . وابن ماجه ، فى : باب المزارعة بالثلث والربع ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٩ .

(١٠) سقط من : م .

جابرٍ ، قال : كانوا يَزْرَعُونَها بالثُّلُثِ والرُّبْعِ والنِّصْفِ ، فقال النبىُّ ﷺ : « مَنْ كانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، أَوْ لِيَمْنَحْهَا ، فإنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » . ورُوِى تَفْسِيرُها عن زَيْدِ بن ثابتٍ ، فرَوَى أبو دَاوُدَ[11] ، بإسْنادِه عن زَيْدٍ قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن المُخَابَرَةِ . قلتُ : وما المُخَابَرَةُ ؟ قال : أن يَأْخُذَ[12] الأَرْضَ بِنِصْفٍ أو ثُلُثٍ أو رُبْعٍ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ عامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ مِنْها ، مِنْ زَرْعٍ أو ثَمَرٍ . مُتَّفَقٌ عليه[13] . وقد رُوِىَ ذلك عن[14] ابنِ عَبّاسٍ وجابرِ بن عبدِ الله . وقال أبو جعفرٍ : عامَلَ رسولُ اللهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بالشَّطْرِ ، ثم أبو بكرٍ ، ثم عمرُ ، وعثمانُ ، وعلىٌّ ، ثم / أَهْلُوهُم إلى اليومِ يُعْطُون الثُّلُثَ والرُّبْعَ[15] . وهذا أمْرٌ صَحِيحٌ مَشْهُورٌ عَمِلَ به رسولُ اللهِ ﷺ حتى ماتَ ، ثم خُلَفاؤُه الرَّاشِدُون حتى ماتُوا ، ثم أَهْلُوهُم من بَعْدِهم ، ولم يَبْقَ بالمَدِينةِ أَهْلُ بَيْتٍ إلَّا عَمِلَ به ، وعَمِلَ به أَزْوَاجُ رسولِ اللهِ ﷺ من بعدِه ، فرَوَى البُخَارِىُّ[16] ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ عامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ منها ، من زَرْعٍ أو ثَمَرٍ ، فكان يُعْطِى أَزْوَاجَه مائةَ وَسْقٍ ، ثمانُونَ وَسْقًا تَمْرًا ، وعِشْرُونَ وَسْقًا شَعِيرًا ، فَقَسَّمَ عمرُ خَيْبَرَ ، فخَيَّرَ أَزْوَاجَ النبىِّ ﷺ أن يَقْطَعَ لَهُنَّ من الأرْضِ والماءِ ، أو يُمْضِىَ لهنَّ الأَوْسُقَ ، فمِنْهُنَّ مَن اخْتارَ الأَرْضَ ، ومِنْهُنَّ من اخْتارَ الأَوْسُقَ ، فكانت عائِشَةُ اخْتارَتِ الأَرْضَ . ومثلُ هذا لا يجوزُ أن يُنْسَخَ ؛ لأنَّ النَّسْخَ إنَّما يكونُ فى حياةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فأمَّا شىءٌ عَمِلَ به إلى أن ماتَ ، ثم عَمِلَ به خُلَفاؤُه بعدَه ، وأجْمَعَتِ الصَّحابةُ رِضْوانُ اللهِ عليهم عليه ، وعَمِلُوا

٥/٧١ظ

---

(١١) فى : باب فى المخابرة ، من كتب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٨٧ ، ١٨٨ .

(١٢) فى الأصل : « تأخذ » .

(١٣) تقدم تخريج حديث ابن عمر صفحة ٥٢٧ ، وحديث ابن عباس صفحة ٥٢٩ وحديث جابر صفحة ٥٥٠ .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) تقدم فى صفحة ٥٢٧ .

(١٦) فى : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب المساقاة والمعاملة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

به ، ولم يُخَالِفْ فيه منهم أحدٌ ، فكيف يجوزُ نَسْخُهُ ،[١٧] ومتى كان نَسْخُه[١٧] ؟ فإن كان نُسِخَ فى حياةِ رسولِ الله ﷺ ، فكيف عُمِلَ به بعدَ نَسْخِه ، وكيف خَفِى نَسْخُه ، فلم يَبْلُغْ خُلفَاءَه ، مع اشْتِهارِ قِصَّةِ خَيْبَرَ ، وعَمَلِهم فيها ؟ فأين كان راوِى النَّسْخِ ، حتى لم يَذْكُرْه ، ولم يُخْبِرْهُم به ؟ فأمَّا ما احْتَجُّوا به ، فالجوابُ عن حَدِيثِ رافِعٍ ، من أرْبَعةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، أنَّه قد فسَّرَ المَنْهِىَّ عنه فى حَدِيثِه بما لا يُخْتَلَفُ فى فَسَادِه ، فإنَّه قال : كُنَّا من أكْثَرِ الأنْصارِ حَقْلًا ، فكُنَّا نُكْرِى الأرْضَ على أنَّ لنا هذه ، ولهم هذه ، فربَّما أخْرَجَتْ هذه ولم تُخْرِجْ هذه ، فنَهانَا عن ذلك ، فأمَّا بالذَّهَبِ والوَرِقِ ، فلم يَنْهَنَا ، مُتَّفَقٌ عليه[١٨] . وفى لَفْظٍ : فأمَّا بشَىْءٍ[١٩] مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ ، فلا بَأْسَ . وهذا خارِجٌ عن مَحلِّ الخِلَافِ ، فلا دَلِيلَ فيه عليه ، ولا تَعارُضَ بين الحَدِيثَيْنِ . الثانى ، أنَّ خَبَرَه وَرَدَ فى الكِرَاءِ بثُلُثٍ أو رُبْعٍ ، والنِّزَاعُ فى المُزَارَعةِ ، ولم يَدُلَّ حَدِيثُه عليها أصْلًا ، وحَدِيثُه الذى فيه المُزَارَعةُ يُحْمَلُ على الكِرَاءِ أيضا ؛ لأنَّ القِصَّةَ واحِدَةٌ ، رُوِيَتْ بألْفَاظٍ مُخْتَلِفَة ، فيَجِبُ تَفْسِيرُ أحدِ اللَّفْظَيْنِ بما يُوافِقُ الآخَرَ . الثالث ، أنَّ أحَادِيثَ رافِعٍ مُضْطَرِبَةٌ جِدًّا ، مُخْتَلِفَةٌ اخْتِلَافًا كَثِيرًا . يُوجِبُ تَرْكَ العَمَلِ بها لو انْفَرَدَتْ ، / فكيف يُقَدَّمُ على مثلِ حَدِيثِنا ؟ قال الإمامُ أحمدُ : حَدِيثُ رافِعٍ أَلْوانٌ . وقال أيضا : حَدِيثُ رافِعٍ ضُرُوبٌ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : قد جاءتِ الأخْبارُ عن رافِعٍ بِعِلَلٍ تَدُلُّ على أنَّ النَّهْىَ كان لذلك ، منها ، الذى ذَكَرْناه ، ومنها خَمْسٌ أُخْرَى . وقد أنْكَرَه فَقِيهانِ من فُقَهاءِ الصَّحابةِ ؛ زَيْدُ بن ثابتٍ ، وابنُ عَبَّاسٍ . قال زَيْدُ بن ثابتٍ : أنا أعْلَمُ بذلك منه ، وإنَّما سَمِعَ النبىُّ ﷺ رَجُلَيْنِ قد اقْتَتَلا ، فقال : « إنْ كَانَ هٰذَا شَأْنَكُمْ ، فَلَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ والأثْرَمُ[٢٠] . ورَوَى البُخَارِىُّ[٢٠] ، عن عَمْرِو بن دِينارٍ ،

٧٢/٥ و

(١٧ – ١٧) سقط من : ب .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٨ .

(١٩) فى ب ، م : « شىء » .

(٢٠) تقدم التخريج فى صفحة ٥٢٩ .

قال : قلتُ لِطَاوُسٍ : لو تَرَكْتَ المُخَابَرةَ ، فإنَّهم يَزْعُمونَ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عنها . قال : إنَّ أعْلَمَهُم - يَعْنِى ابن عَبّاسٍ - أخْبَرَنِى أنَّ النبيَّ ﷺ لم يَنْهَ عنها ، ولكنْ قال : « أنْ يَمْنَحَ أحَدُكُمْ أخَاهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا » . ثم إنَّ أحَادِيثَ رافِعٍ منها ما يُخَالِفُ الإجماعَ ، وهو النَّهْىُ عن كِرَاءِ المَزارِعِ على الإطْلَاقِ ، ومنها مالا يُخْتَلَفُ فى فَسَادِه ، كما قد بَيَّنَّا ، وتارةً يُحَدِّثُ عن بعض عُمُومَتِه ، وتارةً عن سَمَاعِه ، وتارةً عن ظَهِيرِ بن رافِعٍ ، وإذا كانت أخْبارُ رافِعٍ هكذا ، وَجَبَ اطِّراحُها[21] واسْتِعْمالُ الأخْبَارِ الوارِدَةِ فى شأْنِ خَيْبَرَ ، الجارِيَةِ مَجْرَى التَّوَاتُرِ ، التى لا اخْتِلَافَ فيها ، وبها عَمِلَ الخُلَفاءُ الرَّاشِدُون وغيرُهم ، فلا مَعْنَى لِتَرْكِها بمثلِ هذه الأحَادِيثِ الواهِيَةِ . الجواب الرابع ، أنَّه لو قُدِّرَ صِحَّةُ خَبَرِ رافِعٍ ، وامْتَنَعَ تأْوِيلُه ، وتَعَذَّرَ الجَمْعُ ، لوَجَبَ حَمْلُه على أنَّه مَنْسُوخٌ ؛ لأنَّه لابُدَّ من نَسْخِ أحَدِ الخَبَرَيْنِ ، ويَسْتَحِيلُ القولُ بِنَسْخِ حَدِيثِ خَيْبَرَ ؛ لِكَوْنِه مَعْمُولًا به من جِهَةِ النبىِّ ﷺ إلى حِينِ مَوْتِه ، ثم[22] مِن بعدِه إلى عَصْرِ التَّابِعِينَ ، فمتى كان نَسْخُه ؟ وأمَّا حَدِيثُ جابرٍ فى النَّهْىِ عن المُخَابَرةِ ، فيَجِبُ حَمْلُه على أحدِ الوُجُوهِ التى حُمِلَ عليها خَبَرُ رافِعٍ ؛ فإنَّه قد رَوَى حَدِيثَ خَيْبَرَ أيضا ، فيَجِبُ الجَمْعُ بين حَدِيثَيْه ، مهما أمْكَنَ ، ثم لو حُمِلَ على المُزَارَعةِ ، لكان مَنْسُوخًا بقِصَّةِ خَيْبَرَ ؛ لاسْتِحالَةِ نَسْخِها كما ذَكَرْنا ، وكذلك القولُ فى حَدِيثِ زَيْدِ بن ثابتٍ . فإن قال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : تُحْمَلُ أحادِيثُكُم على الأرْضِ التى بين النَّخِيلِ ، وأحادِيثُ النَّهْىِ عن الأرْضِ البَيْضَاءِ جَمْعًا بينهما . قُلْنا : هذا بَعِيدٌ لِوُجُوهٍ خَمْسَةٍ ؛ أحَدُها ، أنَّه يَبْعُدُ أن تكونَ / بَلْدَةٌ كَبِيرَةٌ يأتى منها أرْبَعُونَ ألْفَ وَسْقٍ ، ليس فيها أرْضٌ بَيْضَاءُ ، ويَبْعُدُ أن يكونَ قد[23] عامَلَهُم على بعضِ الأرْضِ دُونَ بعضٍ ، فيَنْقُلُ الرُّواةُ كلُّهم القِصَّةَ على العُمُومِ من غيرِ تَفْصِيلٍ ، مع الحاجَةِ إليه . الثانى ، أنَّ ما يَذْكُرُونَه من التَّأْوِيلِ لا دَلِيلَ

٧٢/٥ ظ

---

(٢١) فى ب ، م : « إخراجها » .
(٢٢) سقط من : الأصل .
(٢٣) سقط من : ب .

عليه ، وما ذَكَرْناهُ دَلَّتْ[٢٤] عليه بعضُ الرِّواياتِ ، وفَسَّرَهُ الرّاوِى له بما ذَكَرْناه ، وليس مَعَهُم سِوَى الجَمْعِ بين الأحَادِيثِ ، والجَمْعُ بينهما بِحَمْلِ بعضِهـا[٢٥] على ما فَسَّرَهُ راويه به ، أَوْلَى من التَّحَكُّمِ بما لا دَلِيلَ عليه . الثالث ، أنَّ قولَهم يُفْضِى إلى تَقْيِيدِ كلِّ واحِدٍ من الحَدِيثَيْنِ ، وما ذَكَرْناه حَمْلٌ لأحَدِهِما وَحْدَه . الرَّابع ، أنَّ فيما ذَكَرْناه مُوَافَقَةَ عَمَلِ الخُلَفاءِ الرَّاشِدِينَ ، وأَهْلِيهِم ، وفُقَهاءِ الصَّحابَةِ ، وهم أعْلَمُ بحَدِيثِ رسولِ اللهِ ﷺ وسُنَّتِه ومَعَانِيها ، وهو أَوْلَى من قولِ من خَالَفَهُم . الخامس ، أنَّ ما ذَهَبْنا إليه مُجْمَعٌ عليه ، فإنَّ أبا جعفرٍ رَوَى ذلك[٢٦] عن كلِّ أهْلِ بَيْتٍ بالمَدِينةِ ، وعن الخُلَفاءِ الأَرْبَعَةِ وأهْلِيهِم ، وفُقَهَاءِ الصَّحَابةِ واسْتِمْرَار ذلك[٢٧] ، وهذا ممَّا لا يجوزُ خَفَاؤُه ، ولم يُنْكِرْه من الصَّحَابةِ مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا . وما رُوِىَ فى مُخَالَفَتِه ، فقد بَيَّنَّا فَسَادَه ، فيكون هذا إجْماعًا من[٢٨] الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم ، لا يَسُوغُ لأحِدٍ خِلَافُه . والقِيَاسُ يَقْتَضِيه ، فإن الأرْضَ عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ فيها ، فجازَتِ المُعَامَلَةُ عليها ببعضِ نَمائِها ، كالأَثْمانِ فى المُضَارَبةِ ، والنَّخْلِ فى المُسَاقاةِ ، أو نقولُ : أَرْض ، فجازَتِ المُزَارَعةُ عليها ، كالأرْضِ بين النَّخِيلِ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى المُزَارَعةِ ؛ لأنَّ أصْحابَ الأرْضِ قد لا يَقْدِرُونَ على زَرْعِها ، والعَمَلِ عليها ، والأَكَرَةُ يَحْتَاجُونَ إلى الزَّرْعِ . ولا أرْضَ لهم ، فاقْتَضَتْ حِكْمةُ الشَّرْعِ جَوازَ المُزَارَعةِ ، كما قُلْنا فى المُضَارَبةِ والمُسَاقَاةِ ، بل الحاجَةُ هـٰهُنا آكَدُ ؛ لأنَّ الحاجَةَ إلى الزَّرْعِ آكَدُ[٢٩] منها إلى غيرِه ، لكَوْنِه مُقْتَاتًا ، ولكَـوْنِ الأرْضِ لا يُنْتَفَعُ بها إلَّا بالعَمَلِ عليها ، بخِلَافِ المالِ ، ويَـدُلُّ على ذلك قولُ رَاوِى حَدِيثِهِم : نَهَانَا رسولُ اللهِ ﷺ عن أمْرٍ كان لنـا نافِعًـا[٣٠] . والشَّارِعُ لا يَنْهَـى عن

---

(٢٤) فى الأصل ، م : « دل » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، م .

(٢٧) تقدم فى صفحة ٥٢٧ .

(٢٨) فى ب : « من النبى ﷺ ومن » .

(٢٩) فى ب : « أكثر » .

(٣٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٦ .

المَنَافِعِ ، وإنَّما يَنْهَى عن المَضَارِّ والمَفَاسِدِ ، فيَدُلُّ ذلك على غَلَطِ الرَّاوِى فى النَّهْيِ عنه ، وحُصُولِ المَنْفَعَةِ فيما ظَنَّه مَنْهِيًّا عنه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ حُكْمَ المُزَارَعَةِ حُكْمُ المُسَاقاةِ ، فى أنَّها إنَّما تجوزُ بجُزْءٍ للعامِلِ من الزَّرْعِ ، وفى جَوَازِها ، ولُزُومِها ، وما يَلْزَمُ العامِلَ ورَبَّ الأرْضِ ، وغير ذلك من أحْكَامِها .

فصل : وإذا كان فى الأرْضِ / شَجَرٌ ، وبينه بَيَاضُ أرْضٍ ، فسَاقاهُ على الشَّجَرِ ، وزَارَعَهُ الأرْضَ التى بين الشَّجَرِ ، جازَ ، سواءٌ قَلَّ بَيَاضُ الأرْضِ أو كَثُرَ ، نَصَّ عليه أحمدُ ، وقال : قد دَفَعَ النبىُّ ﷺ خَيْبَرَ على هذا . وبهذا قال كلُّ مَن أجازَ المُزَارَعَةَ فى الأرْضِ المُفْرَدَةِ . فإذا قال : سَاقَيْتُكَ على الشَّجَرِ ، وزَارَعْتُكَ على الأرْضِ بالنِّصْفِ . جازَ . وإن قال : عَامَلْتُكَ على الأرْضِ والشَّجَرِ على النِّصْفِ . جازَ ؛ لأنَّ المُعَامَلَةَ تَشْمَلُهُما . وإن قال : زَارَعْتُكَ على[31] الأرْضِ بالنِّصْفِ ، وساقَيْتُكَ على الشَّجَرِ بالرُّبْعِ . جازَ . كما يجوزُ أن يُسَاقِيَهُ على أنْواعٍ من الشَّجَرِ ، ويَجْعَلَ له فى[32] كل نَوْعٍ قَدْرًا . وإن قال : ساقَيْتُكَ على الأرْضِ والشَّجَرِ بالنِّصْفِ . جازَ ؛ لأنَّ المُزَارَعَةَ مُسَاقاةٌ[33] من حيثُ إنَّها تَحْتاجُ إلى السَّقْيِ فيها ، لحاجَةِ الشَّجَرِ إليه . وقال أصْحابُ الشّافِعِيِّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُسَاقاةَ[33] لا تَتَناوَلُ الأرْضَ ، وتَصِحُّ فى النَّخْلِ وحدَه . وقِيلَ : يَنْبَنِى على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ . ولَنا ، أنَّه عَبَّرَ عن عَقْدٍ بلَفْظِ عَقْدٍ يُشارِكُه فى المَعْنَى المَشْهُورِ به فى الاشْتِقاقِ ، فصَحَّ ، كما لو عَبَّرَ بلَفْظِ البَيْعِ فى السَّلَمِ ، ولأنَّ المَقْصُودَ المَعْنَى ، وقد عُلِمَ بقَرَائِنِ أحْوالِه . وهكذا إن قال فى الأرْضِ البَيْضَاءِ : ساقَيْتُكَ على هذه الأرْضِ بنِصْفِ ما يُزْرَعُ فيها . فأمَّا إن قال : ساقَيْتُكَ على الشَّجَرِ بالنِّصْفِ . ولم يَذْكُرِ الأرْضَ ، لم تَدْخُلْ فى العَقْدِ ، وليس للعامِلِ أن يَزْرَعَ . وبهذا قال الشافِعِيُّ . وقال مالِكٌ ، وأبو يوسفَ : للدَّاخِلِ زَرْعُ البَيَاضِ ، فإن تَشارَطَا أنَّ ذلك بينهما ، فهو جائِزٌ ، وإن اشْتَرَطَ صاحِبُ

٧٣/٥و

---

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى ب : « من » .

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل .

الأَرْضِ أَنَّه يَزْرَعُ البَيَاضَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الداخِلَ يَسْقِى لِرَبِّ الأَرْضِ ، فتلك زِيَادَةٌ ازْدَادَها عليه . ولَنا ، أَنَّ هذا لم يَتَنَاوَلْه العَقْدُ ، فلم يَدْخُلْ فيه ، كما لو كانت أَرْضًا مُفْرَدَةً(٣٤) .

فصل : وإن زَارَعَه أَرْضًا فيها شَجَراتٌ يَسِيرَةٌ ، لم يَجُزْ أن يَشْتَرِطَ العامِلُ ثَمَرَتَها ، وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأَجَازَه مالِكٌ إذا كان الشَّجَرُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ أو أَقَلَّ ؛ لأَنَّه يَسِيرٌ ، فيَدْخُلُ تَبَعًا . ولَنا ، أَنَّه اشْتَرَطَ الثَّمرَةَ كلَّها ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الشَّجَرُ أَكْثَرَ من الثُّلُثِ .

فصل : وإن أَجَرَه بَيَاضَ الأرضِ(٣٥) ، وسَاقاهُ على الشَّجَرِ الذى فيها ، جازَ ؛ لأَنَّهما عَقْدانِ يجوزُ إفْرادُ كلِّ واحِدٍ منهما ، فجازَ الجَمْعُ بينهما ، كالبَيْعِ ، والإِجارَةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ، بِنَاءً على الوَجْهِ الذى لا يجوزُ الجَمْعُ بينهما فى الأَصْلِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ، إلَّا أن يَفْعَلَا ذلك حِيلَةً على شِرَاءِ الثَّمرَةِ قبلَ وُجُودِها ، أو قبلَ / بُدُوِّ صَلَاحِها ، فلا يجوزُ ، سواءٌ جَمَعَا بين العَقْدَيْنِ ، أو عَقَدَا أحَدَهُما بعدَ الآخَرِ ؛ لما ذكَرْنا(٣٦) فى إبْطالِ الحِيَلِ . ٥/٧٣ظ

٨٨٩ – مسألة ؛ قال : (**إِذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ**)

ظاهِرُ المَذْهَبِ أَنَّ المُزَارَعَةَ إنَّما تَصِحُّ إذا كان البَذْرُ من رَبِّ الأَرْضِ ، والعَمَلُ من العامِلِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ جَمَاعةٍ . واخْتارَه عامَّةُ الأَصْحابِ . وهو مَذْهَبُ ابنِ سِيرِينَ ، والشافِعِىِّ ، وإسحاقَ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ يَشْتَرِكُ العامِلُ ورَبُّ المالِ فى نَمَائِه ، فوَجَبَ أن يكونَ رَأْسُ المالِ كلُّه من عندِ أحَدِهِما ، كالمُسَاقاةِ والمُضَارَبةِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أَنَّ البَذْرَ يجوزُ أن يكونَ من العامِلِ ؛ فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، فى الرَّجُلِ

---

(٣٤) فى الأصل : « منفردة » .

(٣٥) فى م : « أرض » .

(٣٦) فى م : « ذكر » .

يكونُ له الأرْضُ فيها نَخْلٌ وشَجَرٌ ، يَدْفَعُها إلى قَوْمٍ يَزْرَعُونَ الأرْضَ ويَقُومونَ على الشَّجَرِ ، على أنَّ له النِّصْفَ ، ولهم النِّصْفَ : فلا بَأْسَ بذلك ، وقد دَفَعَ النبيُّ[1] ﷺ خَيْبَرَ على هذا[2] . فأجازَ دَفْعَ الأرْضِ لِزَرْعِها من غيرِ ذِكْرِ البَذْرِ . فعلى هذا أيُّهما أخْرَجَ البَذْرَ ، جازَ . ورُوِى[3] ذلك عن عُمَرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه[4] . وهو قولُ أبى يوسفَ ، وطَائِفَةٍ من أهْلِ الحَدِيثِ ، وهو الصَّحِيحُ إن شاءَ اللهُ تعالى . ورُوِى عن سَعْدٍ ، وابن مَسْعُودٍ ، وابنِ عمرَ ، أن البَذْرَ من العامِلِ . ولعلَّهم أرادُوا أنَّه يجوزُ أن يكونَ من العامِلِ ، فيكونُ كقولِ عمرَ ، ولا يكونُ قولًا ثالثًا . والدَّلِيلُ على صِحَّةِ ما ذَكَرْنا ، قولُ ابنِ عمرَ : دَفَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إلى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ وأرْضَها ، على أن يَعْمَلُوها من أمْوالِهِم ، ولِرسولِ اللهِ ﷺ شَطْرُ ثَمَرِهَا . وفى لَفْظٍ : على أن يَعْمَلُوها ، ويَزْرَعُوها ، ولهم شَطْرُ ما يَخْرُجُ منها . أخْرَجَهُما البُخَارِىُّ[5] . فجَعَلَ عَمَلَها من أمْوالِهِم ، وزَرْعَها عليهم ، ولم يَذْكُرْ شَيْئًا آخَرَ ، وظاهِرُه أن البَذْرَ من أهْلِ خَيْبَرَ ، والأصْلُ المُعَوَّلُ عليه فى المُزَارَعةِ قِصَّةُ[6] خَيْبَرَ ، ولم يَذْكُرِ النبىُّ ﷺ أنَّ البَذْرَ على المُسْلِمِينَ ، ولو كان شَرْطًا لَمَا أخَلَّ بِذِكْرِه ، ولو فَعَلَه النبىُّ ﷺ وأصْحَابُه لَنُقِلَ ، ولم يَجُزِ الإخْلَالُ بِنَقْلِه . ولأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فَعَلَ الأمْرَيْنِ جَمِيعًا ، فإنَّ البُخَارِىَّ رَوَى عنه ، أنَّه عامَلَ النّاسَ على أنَّه[1] إن جاءَ عُمَرُ بالبَذْرِ من عندِه ، فلَه الشَّطْرُ ، وإن جاءُوا بالبَذْرِ فلهم كذا[7] ، فظاهِرُ هذا أنَّ ذلك اشْتَهَرَ فلم يُنْكَرْ ، فكان إجْماعًا . فإن قِيلَ : فهذا بمَنْزِلةِ

---

(١) سقط من : ب .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٧ .

(٣) فى م زيادة : « نحو » .

(٤) أخرجه البخارى فى : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ .

(٥) اللفظ الأول تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤١ والثانى فى صفحة ٥٢٧ .

(٦) فى الأصل : « قضية » .

(٧) هو الذى تقدم فى أول المسألة .

بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعةٍ ، فكيف يَفْعلُه عمرُ ، رَضِىَ الله عنه ؟ قُلْنا : يَحْتَمِلُ أنَّه قال ذلك[٨] لِيُخَيِّرَهُم فى أىِّ العَقْدَيْنِ شاءُوا ، فمن اخْتارَ عَقْدًا / عَقَدَه معه مُعَيَّنًا ، كما لو قال فى البَيْع : إن شِئْتَ بِعْتُكَه بعَشَرةٍ صِحَاحٍ ، وإن شِئْتَ بأَحَدَ عَشَرَ مُكَسَّرَةً[٩] . فاخْتارَ أحَدَهُما فعَقَدَ البَيْعَ معه عليه مُعَيَّنًا . ويَجُوزُ أن يكون[١٠] مَجيئُه بالبَذْرِ ، أو شُرُوعُه فى العَمَلِ بغير بَذْرٍ ، مع إقْرارِ عمرَ له على ذلك وعِلْمِه به ، جَرَى مَجْرَى العَقْدِ ، ولهذا رُوِىَ عن أحمدَ صِحَّةُ الإِجارَةِ فيما إذا قال : إن خِطْتَه[١١] رُومِيًّا فلك دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَه فارِسِيًّا فلَكَ نِصْفُ دِرْهمٍ . وما ذَكَرَه أصْحابُنا من القِيَاسِ يُخَالِفُ ظاهِرَ النَّصِّ والإِجْماعِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْناهُما ، فكيف يُعْمَلُ به ؟ ثم هو مُنْتَقِضٌ بما إذا اشْتَرَكَ[١٢] مَالَانِ وبَدَنُ صاحِبِ أحَدِهِما .

٥/٧٤و

فصل : فإن كان البَذْرُ منهما نِصْفَيْنِ، وشَرَطَا أنَّ الزَّرْعَ بينهما نِصْفانِ، فهو بينهما، سواءٌ قُلْنا بِصِحَّةِ المُزَارَعةِ أو فَسَادِها ؛ لأنَّها إن كانتْ صَحِيحَةً ، فالزَّرْعُ بينهما على ما شَرَطاه ، وإن كانتْ فاسِدَةً فلكلِّ واحِدٍ منهما بِقَدْرِ بَذْرِه ، لكنْ إن حَكَمْنا بصِحَّتِها ، لم يَرْجِعْ أحَدُهُما على صَاحِبه بشىءٍ . وإن قُلْنا : من شَرْطِ صِحَّتِها إخراجُ رَبِّ المالِ البَذْرَ . فهى فاسِدَةٌ ، فعلى العامِلِ نِصْفُ أجْرِ الأرْضِ ، وله على رَبِّ الأرْضِ[١٣] نِصْفُ أجْرِ عَمَلِه ، فيَتَقَاصَّانِ بِقَدْرِ الأقَلِّ منهما ، ويَرْجِعُ أحَدُهُما على صَاحِبه بالفَضْلِ . وإن شَرَطَا التَّفَاضُلَ فى الزَّرْعِ ، وقُلْنا بصِحَّتِها ، فالزَّرْعُ بينهما على ما شَرَطاهُ ، ولا تَرَاجُعَ بينهما . وإن قُلْنا بفَسَادِها ، فالزَّرْعُ بينهما على قَدْرِ بَذْرِهِما ، ويَتَراجَعانِ ، كما ذَكَرْنا .

---

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى م : « مكسورة » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى الأصل : « جعلته » .

(١٢) فى الأصل : « أشرك » .

(١٣) فى ب : « المال » .

وكذلك إن تَفَاضَلَا فى البَذْرِ ، وشَرَطَا التَّسَاوِى فى الزَّرْعِ ، أو شَرَطَا لأحَدِهِما أكْثَرَ من قَدْرِ بَذْرِهِ أو أقَلَّ .

فصل : فإن قال صاحِبُ الأرْضِ : أجَرْتُكَ نِصْفَ أرْضِى هذه ، بِنِصْفِ بَذْرِكَ ، ونِصْفِ مَنْفَعَتِكَ ومَنْفَعَةِ بَقَرِكَ ، وآلَتِكَ . وأخْرَجَ المُزَارِعُ البَذْرَ كلَّه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ غيرُ مَعْلُومةٍ . وكذلك لو جَعَلَها أُجْرَةً لأرْضٍ أُخْرَى ، أو دارٍ ، لم يَجُزْ ، ويكون الزَّرْعُ كلُّه لِلْمُزَارِعِ ، وعليه أجْرُ مثلِ الأرْضِ . وإن أمْكَنَ عِلْمُ المَنْفَعةِ وضَبْطُها بما لا تَخْتَلِفُ معه ، ومَعْرِفَةُ البَذْرِ ، جازَ ، وكان الزَّرْعُ بينهما . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ البَذْرَ عِوَضٌ ، فيُشْتَرَطُ قَبْضُه ، كما لو كان مَبِيعًا ، وما حَصَلَ فيه قَبْضٌ . وإن قال : أجَرْتُكَ نِصْفَ أرْضِى ، بِنِصْفِ مَنْفَعَتِكَ ، ومَنْفَعَةِ بَقَرِكَ ، وآلَتِكَ ، وأخْرَجَا البَذْرَ ، فهى كالتى قبلَها ، إلَّا أنَّ الزَّرْعَ يكونُ بينهما على كلِّ حالٍ .

٨٩٠ – مسألة ؛ قال : (فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أنْ يَأْخُذَ رَبُّ الأرْضِ مِثْلَ / بَذْرِهِ ، ويَقْتَسِمَا ما بَقِىَ ، لَمْ يَجُزْ) ٥/٧٤ظ

وكانت لِلْمُزَارِعِ أُجْرَةُ مِثْلِه . وكذلك يَبْطُلُ إن أخْرَجَ المُزَارِعُ البَذْرَ ، ويَصِيرُ الزَّرْعُ لِلْمُزَارِعِ ، وعليه أُجْرَةُ الأرْضِ . أمَّا إذا اتَّفَقَا على أن يَأْخُذَ رَبُّ الأرْضِ مثلَ بَذْرِه ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه كأنَّه اشْتَرَطَ لِنَفْسِه قُفْزَانًا مَعْلُومةً ، وذلك شَرْطٌ فاسِدٌ ، تَفْسُدُ به المُزَارَعةُ ، لأنَّ الأرْضَ رُبَّما لا يَخْرُجُ منها إلَّا تِلْكَ القُفْزَانِ ، فيَخْتَصُّ رَبُّ المالِ بها ، ورُبَّما لا تُخْرِجُها الأرْضُ . وأمَّا إذا أخْرَجَ المُزارِعُ البَذْرَ ، فهو مَبْنِىٌّ على الرِّوايَتَيْنِ فى صِحَّةِ هذا الشَّرْطِ . وقد ذَكَرَ الخِرَقِىُّ ، أنَّه فاسِدٌ . فإذا أخْرَجَ المُزارِعُ البَذْرَ ، فَسَدَتْ ، كما لو أخْرَجَ العامِلُ فى المُضَارَبةِ رَأْسَ المالِ من عنـدِه . ومتـى فَسَدَتِ المُزَارَعةُ ، فالزَّرْعُ لِصَاحِبِ البَذْرِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، يَنْقَلِبُ من حالٍ إلى حالٍ ، ويَنْمُو ، فصارَ كَصِغَارِ الشَّجَرِ إذا غُرِسَ فطَالَ ، والبَيْضَةِ إذا حُضِنَتْ فصارَتْ فَرْخًا ، والبَذْرُ هٰهُنا من المُزَارِعِ ، فكان الزَّرْعُ له ، وعليه أجْرُ الأرْضِ ؛ لأنَّ رَبَّها إنَّما بَذَلَها

له[1] بِعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فرَجَعَ إلى عِوَضِ مَنَافِعِها الفائِتَةِ[2] بِزَرْعِها على صاحِبِ الزَّرْعِ . ولو فَسَدَتْ ، والبَذْرُ من رَبِّ الأَرْضِ ، كان الزَّرْعُ له ، وعليه أجْرُ مِثْلِ العامِلِ ؛ لذلك . وإن كان البَذْرُ منهما ، فالزَّرْعُ بينهما ، ويَتَراجَعانِ بما يَفْضُلُ لأحَدِهِما على صاحِبِه ، من أجْرِ مِثْلِ الأرْضِ التى فيها نَصِيبُ العامِلِ ، وأجْرِ العامِلِ بِقَدْرِ عَمَلِه فى نَصِيبِ صاحِبِ الأرْضِ .

فصل : وإن زَارَعَهُ على أنَّ لِرَبِّ الأرْضِ[3] زَرْعًا بِعَيْنِه ، وللعامِلِ زَرْعًا بِعَيْنِه ، مثل أن يَشْتَرِطَ لأحَدِهِما زَرْعَ ناحِيَةٍ ، وللآخر زَرْعَ أُخْرَى ، أو يَشْتَرِطَ أحَدُهُما ما على السَّوَاقِى والجَدَاوِلِ ، إمَّا مُنْفَرِدًا ، أو مع نصيبِه ، فهو فاسِدٌ بإجْماعِ العُلَماء ؛ لأنَّ الخَبَرَ صَحِيحٌ فى النَّهْى عنه ، غيرُ مُعَارَضٍ ولا مَنْسُوخٍ ، ولأنَّه يُؤَدِّى إلى تَلَفِ ما عَيَّنَ لأحَدِهِما دُونَ الآخَرِ ، فيَنْفَرِدُ أحَدُهُما بالغَلَّةِ دُونَ صاحِبِه .

فصل : والشُّرُوطُ الفاسِدَةُ فى المُسَاقاةِ والمُزَارَعةِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أحَدهما ، ما يَعُودُ بِجَهالةِ نَصِيبِ كلِّ واحِدٍ منهما ، مثل ما ذَكَرْنا هٰهُنا ، أو أن يَشْتَرِطَ أحَدُهُما نَصِيبًا مَجْهُولًا ، أو دَرَاهِمَ مَعْلُومةً ، أو أقْفِزَةً مُعَيَّنَةً[4] ، أو أنَّه إن سَقَى سَيْحًا فله كذا ، وإن سَقَى بكُلْفَةٍ فله كذا . فهذا يُفْسِدُها ؛ لأنَّه يَعُودُ إلى جَهَالةِ المَعْقُودِ عليه ، فأشْبَهَ البَيْعَ بثَمَنٍ مَجْهُولٍ ، والمُضَارَبَةَ مع جَهَالةِ نَصِيبِ أحَدِهِما . وإن / شَرَطَ البَذْرَ من العامِلِ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ فَسَادُ العَقْدِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ إذا فَسَدَ ، لَزِمَ كونُ الزَّرْعِ لِرَبِّ البَذْرِ ، لكَوْنِه نَمَاءَ مالِه ، فلا يَحْصُلُ لِرَبِّ الأرْضِ شىءٌ منه ، ويَسْتَحِقُّ الأجْرَ ، وهذا مَعْنَى الفَسَادِ . فأمَّا إن شَرَطَ ما لا يُفْضِى إلى جَهَالةِ الرِّبْحِ ، كعَمَلِ رَبِّ المالِ معه ، أو عَمَلِ

٧٥/٥ و

---

(١) سقط من : ب .

(٢) فى ب ، م : « الثابتة » .

(٣) فى ب : « المال » .

(٤) فى الأصل : « بعينها » .

العامِلِ فى شىءٍ آخَرَ ، فهل تَفسُدُ المُساقاةُ والمُزارَعةُ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْنِ ، بِناءً على (٥) الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ (٥) فى البَيْعِ والمُضارَبةِ .

فصل : وإن دَفَعَ رَجُلٌ بَذْرَه إلى صاحِبِ الأرْضِ ، لِيَزْرَعَهُ فى أرْضِه ، ويكونَ ما يَخْرُجُ بينهما ، فهو فاسِدٌ أيضا ؛ لأنَّ البَذْرَ ليس من رَبِّ الأرْضِ ، ولا من العامِلِ ، ويكونُ الزَّرْعُ لصاحِبِ البَذْرِ ، وعليه أجْرُ الأرْضِ والعَمَل . وإن قال صاحِبُ الأرْضِ لِرَجُلٍ : أنا أزْرَعُ الأرْضَ بِبَذْرِى وعَوَامِلِى ، ويكونُ سَقْيُها من مائِكَ ، والزَّرْعُ بيننا . ففيها رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ . اخْتارَها القاضى ؛ لأن مَوْضُوعَ المُزارَعةِ على أن يكونَ من أحَدِهِما الأرْضُ ، ومن الآخَرِ العَمَلُ ، وليس من صاحِبِ الماءِ أرْضٌ ولا عَمَلٌ ولا بَذْرٌ ، لأنَّ الماءَ لا يُبَاعُ ولا يُسْتَأْجَرُ ، فكيف تَصِحُّ المُزارَعةُ به ؟ والثانية ، يَصِحُّ . اخْتَارَها أبو بكرٍ ، ونَقَلَها عن أحمدَ يَعْقُوبُ ابن بَخْتان[٦] ، وحَرْبٌ ؛ لأنَّ الماءَ أحَدُ ما يُحْتاجُ إليه فى الزَّرْعِ ، فجازَ أن يكونَ من أحَدِهِما ، كالأرْضِ والعَمَلِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ هذا ليس بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا فى مَعْنَى المَنْصُوصِ ؛ لما ذَكَرْناهُ .

فصل : وإن اشْتَرَكَ ثلاثةٌ ، من أحَدِهِم الأرْضُ ، ومن الآخَرِ البَذْرُ ، ومن الآخَرِ البَقَرُ والعَمَلُ ، على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ بينهم ، فعَمِلُوا ، فهذا عَقْدٌ فاسِدٌ ، نَصَّ عليه ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، ومُهَنَّا ، وأحمدَ بن القاسِمِ ، وذكر حَدِيثَ مُجاهِدٍ ، فى أرْبعةٍ اشْتَرَكُوا فى زَرْعٍ على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال أحَدُهُم : عَلَىَّ الفَدَّانُ[٧] . وقال الآخَرُ : قِبَلِى[٨] الأرْضُ . وقال الآخَرُ : قِبَلِى[٨] البَذْرُ . وقال الآخَرُ : قِبَلِى[٨] العَمَلُ . فجَعَلَ النبىُّ ﷺ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ البَذْرِ ، وألْغَى صاحِبَ الأرْضِ ، وجَعَلَ لِصَاحِبِ العَمَلِ كُلَّ يومٍ دِرْهَمًا ، ولِصَاحِبِ الفَدَّانِ شَيْئًا مَعْلُومًا[٩] . فقال أحمدُ : لا يَصِحُّ ، والعَمَلُ

(٥ - ٥) فى م : « الشرط الفاسد » .

(٦) هو يعقوب بن إسحاق بن بختان . تقدم فى : ١ / ٤٤٥ .

(٧) الفدان : المحراث .

(٨) فى ب : « على » .

(٩) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب القوم يشتركون فى الزرع ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ١٢٣ .

علی[١٠] غیرِه . وذَکَرَ هذا الحَدِیثَ سَعِیدُ بن منصُورٍ ، عن الوَلِیدِ بن مُسْلِمٍ ، عن الأوْزاعِیِّ ، وعن واصِلِ بن أبی جَمِیلٍ ، عن مُجاهِدٍ ، وقال فی آخِرِه : فحَدَّثْتُ به[١١] مَکْحُولًا ، فقال : ما یَسُرُّنِی بهذا الحَدِیثِ وَصِیفٌ[١٢] . وحُکْمُ هذه المَسْأَلَةِ حُکْمُ المَسْأَلَةِ التی ذَکَرْناها فی صَدْرِ الفَصْلِ ، / وهما فاسِدَانِ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَ المُزارَعةِ علی أنَّ البَذْرَ من رَبِّ الأرْضِ ، أو من العامِلِ ، ولیس هو هٰهُنا من واحِدٍ منهما . ولیست شَرِکَةً ؛ لأنَّ الشَّرِکَةَ تکونُ بالأثْمانِ ، وإن کانت بالعُرُوضِ ، اعْتُبِرَ کَوْنُها مَعْلُومةً ، ولم یُوجَدْ شیءٌ من ذلک هٰهُنا . ولیست إجارَةً ؛ لأنَّ الإجارَةَ تَفْتَقِرُ إلی مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ ، وعِوَضٍ مَعْلُومٍ . وبهذا قال مالِکٌ ، والشافِعِیُّ[١٣] / ، وأصْحابُ الرَّأْیِ . فعلی هذا یکونُ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ البَذْرِ ؛ لأنَّه نَمَاءُ مالِه ، ولِصَاحِبَیْهِ علیه أجْرُ مِثْلِهِما ؛ لأنَّهما دَخَلا علی أن یُسَلِّمَ لهما المُسَمَّی ، فإذا لم یُسَلِّم ، عادَ إلی بَدَلِه . وبهذا قال الشافِعِیُّ ، وأبُو ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْیِ : یَتَصَدَّقُ بالفَضْلِ . والصَّحِیحُ أنَّ النَّماءَ لِصاحِبِ البَذْرِ ، ولا تَلْزَمُه الصَّدَقَةُ به ، کسائِرِ مالِه . ولو کانت الأرْضُ لِثلاثةٍ ، فاشْتَرَکُوا علی أن یَزْرَعُوها بِبَذْرِهِم ودَوَابِّهِم وأعْوانِهِم ، علی أنَّ ما أخْرَجَ اللهُ بینهم علی قَدْرِ مالِهِم ، فهو جائِزٌ . وبهذا قال مالِکٌ ، والشافِعِیُّ ، وأبُو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ولا نَعْلَمُ فیه خِلَافًا ؛ لأنَّ أحَدَهَم لا یَفْضُلُ صاحِبَیْهِ بشیءٍ .

فصل : وإذا زارَعَ رَجُلًا ، أو آجَرَهُ أرْضَه فزَرَعَها ، وسَقَطَ من الحَبِّ شیءٌ ، فنَبَتَ فی تلک الأرْضِ عامًا آخَرَ ، فهو لِصَاحِبِ الأرْضِ . [١٤]نَصَّ علیه أحمدُ ، فی رِوَایةِ أبی داوُدَ ، ومحمدِ بن الحارِثِ . وقال الشافِعِیُّ : هو لِصَاحِبِ الحَبِّ[١٤] ؛ لأنَّه عَیْنُ مالِه ، فهو کما لو بَذَرَه قَصْدًا . ولَنا ، أنَّ صاحِبَ الحَبِّ أسْقَطَ حَقَّه منه بِحُکْمِ العُرْفِ ،

٥/٧٥ ظ

٥/٧٦ و

---

(١٠) فی ب : « فی » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فی الأصل ، ب : « وصیفا » .

والوصیف : الخادم ، غلاما کان أو جاریة .

(١٣) جاءت علامة بدایة الصفحة مبکرة ، لأن بقیة السابقة مضروب علیها .

(١٤-١٤) سقط من : ب .

وزوالِ[١٥] مِلْكِه عنه ؛ لأنَّ العادَةَ تَرْكُ ذلك لمن يَأْخُذه ، ولهذا أُبِيحَ الْتِقَاطُه ورَعْيُه . ولا نَعْلَمُ خِلافًا فى إبَاحَةِ الْتِقَاطِ ما خَلفَهُ الحَصَّادُونَ من سُنْبُلٍ وحَبٍّ وغيرِهما ، فجَرَى ذلك مَجْرَى نَبْذِه على سَبِيلِ التَّرْكِ له ، وصارَ كالشىءِ التَّافِهِ يَسْقُطُ منه ، كالتَّمرَةِ واللُّقْمَةِ ونحوِهما . والنَّوَى[١٦] لو الْتَقَطَهُ إنْسانٌ ، فغَرَسَه ، كان له دُونَ مَن سَقَطَ منه ، كذا هٰهُنا .

٥/٧٦ ظ

فصل : فى إجَارَةِ الأَرْضِ / ، تجوزُ إجارَتُها بالوَرِق ، والذَّهَبِ ، وسائِرِ العُرُوضِ ، سِوَى المَطْعُومِ ، فى قول أكْثَرِ العِلْمِ . قال أحمدُ : ما[١٧] اخْتَلَفُوا فى الذَّهَبِ والوَرِق . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ عَوامُّ أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ اكْتِرَاءَ الأرْضِ وَقْتًا مَعْلُومًا ، جائِزٌ بالذَّهَبِ والفِضَّةِ. [١٨]رَوَيْنا هذا[١٨] القولَ عن سَعْد[١٩] ، ورَافِعِ بن خَدِيجٍ ، وابنِ عُمَرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ . وبه قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعُرْوَةُ ، والقاسِمُ ، [٢٠]وسالِمٌ ، وعبدُ اللهِ بن الحارِثِ[٢٠] ، ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن طاوُسٍ ، والحَسَنِ كَرَاهَةُ ذلك ؛ لما رَوَى رافِعٌ ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن كِرَاءِ المَزارِعِ . مُتَّفَقٌ عليه[٢١] . ولَنا ، أنَّ رافِعًا قال : أمَّا بالذَّهَبِ والْوَرِقِ ، فلم يَنْهَنَا . يَعْنِى النبىَّ ﷺ . مُتَّفَقٌ عليه[٢٢] . ولِمُسْلِمٍ[٢٣] : أمَّا بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ ، فلا بَأْسَ . وعن حَنْظَلَةَ بن قَيْسٍ ، أنَّه سَأَلَ رافِعَ بن خَدِيجٍ عن كِرَاءِ الأَرْضِ ، فقال :

---

(١٥) فى ب ، م : « وزال » .

(١٦) فى ب : « والذى » .

(١٧) فى الأصل ، م : « قلما » .

(١٨-١٨) فى ب : « وشاهدا » .

(١٩) فى ب ، م : « سعيد » . ويأتى .

(٢٠-٢٠) فى الأصل : « وسالم بن عبد الموت » . وفى ب : « وسالم بن عبد الله بن الحارث » .

(٢١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٦ .

(٢٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٨ .

(٢٣) فى : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٣ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المزارعة . من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

نَهى رسولُ اللهِ ﷺ عن كِراءِ الأرضِ . قال ، فقلتُ : بالذَّهَبِ والفِضَّةِ ؟ قال : إنَّما نَهى عنها ببعضِ ما يَخْرُجُ منها ، أمَّا بالذَّهَبِ والفِضَّةِ فلا بَأْسَ . مُتَّفَقٌ عليه(٢٤) ، وعن سَعْدٍ قال : كنا نُكْرِى الأرْضَ بما على السَّواقِى وما سَعِدَ(٢٥) بالماءِ منها ، فنَهانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ عن ذلك ، وأَمَرَنا أن نُكْرِيَها بِذَهَبٍ أو فِضَّةٍ ، رَواهُ أبو دَاوُدَ(٢٦) ، ولأنَّها عَيْنٌ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ المَنْفَعةِ المُباحةِ منها ، مع بَقَائِها ، فجازَتْ إجارَتُها بالأثمانِ ونحوِها ، كالدُّورِ . والحُكْمُ فى العُرُوضِ ، كالحُكْمِ فى الأثمانِ . وأمَّا حَدِيثُهُم ، فقد فَسَّرَه الرّاوِى بما ذَكَرْناهُ عنه(٢٧) ، فلا يجوزُ الاحْتِجاجُ به على غيرِه . وحَدِيثُنا مُفَسِّرٌ لِحَدِيثِهم ، فإن رَاوِيهما واحدٌ ، وقد رَواهُ عامًّا وخاصًّا ، فيُحْمَلُ العامُّ على الخاصِّ ، مع مُوافَقَةِ / الخاصِّ لسائِرِ الأحَادِيثِ والقياسِ(٢٨) وقولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . فأمَّا إجارَتُها بِطَعَامٍ ، فتَنْقَسِمُ ثلاثةَ أقْسامٍ ؛ أحَدها ، أن يُؤْجِرَها بمَطْعُومٍ غيرِ الخارِجِ منها مَعْلُومٍ ، فيَجُوزُ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ الحَسَنِ بن ثَوَابٍ . وهو قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم سَعِيدُ بن جُبَيْرٍ ، وعِكْرِمةُ(٢٩) ، والنَّخَعِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . ومَنَعَ منه مالِكٌ ، حتى مَنَعَ إجارَتَها باللَّبَنِ والعَسَلِ . وقد رُوِى عن أحمدَ ، أنَّه قال : ربما تَهَيَّبْتُه . قال القاضى : هذا من أحمدَ على سَبِيلِ الوَرَعِ ، ومَذْهَبُه الجَوَازُ . والحُجَّةُ لمالِكٍ ما رَوَى رافِعُ بن خَدِيجٍ ، عن بعض عُمُومَتِه قال : قال رَسُولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ كانَتْ له أرْضٌ فلا يُكْرِيها بِطَعَامٍ مُسَمًّى » رَوَاه أبو دَاوُدَ وابنُ مَاجَه(٢٧) . ورَوَى ظَهِيرُ بن

٧٧/٥ و

---

(٢٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٨ .

(٢٥) سعد الماء : جرى سيحا .

(٢٦) فى : باب فى المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الأحاديث المختلفة ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٨ . والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى كراء الأرض بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٢ .

(٢٧) انظر ما تقدم فى صفحة ٥٢٨ .

(٢٨) فى م : « وللقياس » .

(٢٩) سقط من : م .

رافِعٍ ، قال : دَعَانِى رسولُ اللهِ ﷺ ، فقال : « ما تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُم ؟ » قلتُ : نُؤَاجِرُها على الرُّبْعِ ، أو على الأَوْسُقِ من التَّمْرِ أو الشَّعِيرِ . قال : « لا تَفْعَلُوا ، ازْرَعُوهَا ، أوْ أمْسِكُوهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٣٠] . ورَوَى أبو سَعِيدٍ قال : نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عن المُحاقَلَةِ[٣١] . والمُحَاقَلَة : اسْتِكْرَاءُ الأرْضِ بالحِنْطَةِ . ولَنا ، قولُ رافِعٍ : فأمَّا بشىءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فلا بَأْسَ به . ولأنَّه عِوَضٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ ، لا يُتَّخَذُ وَسِيلةً إلى الرِّبَا ، فجازَتْ إجارَتُها به ، كالأثْمانِ . وحَدِيثُ ظَهِيرِ[٣٢] بن رافِعٍ[٣٢] قد سَبَقَ الكلامُ عليه فى المُزَارَعةِ ، على أنَّه يَحْتَمِلُ النَّهْىَ عن إجارَتِها بذلك ، إذا كان خارِجًا منها ، ويَحْتَمِلُ النَّهْىَ عنه إذا آجرَها بالرُّبْعِ والأَوْسُقِ . وحَدِيثُ أبى سَعِيدٍ يَحْتَمِلُ المَنْعَ من كِرَائِها بالحِنْطَةِ ، إذا اكْتَرَاهَا لِزَرْعِ الحِنْطةِ . القسم الثانى ، إجارَتُها بطَعَامٍ مَعْلُومٍ ، / من جِنْسِ ما يَزْرَعُ[٣٣] فيها ، كإجارَتِها بِقُفْزَانِ حِنْطَةٍ لِزَرْعِها ، فقال أبو الخَطَّابِ : فيها رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، المَنْعُ . وهى التى ذَكَرَها القاضى مَذْهَبًا ، وهى قولُ مالكٍ ؛ لما تَقَدَّمَ من الأحَادِيثِ ، ولأنَّها ذَرِيعَةٌ إلى المُزَارَعةِ عليها بشىءٍ مَعْلُومٍ من الخارِجِ منها ، لأنَّه يَجْعَلُ مكانَ قولِه زَارَعْتُكَ ، آجَرْتُكَ ، فتَصِيرُ مُزَارَعةً بِلَفْظِ الإجَارَةِ ، والذَّرائِعُ مُعْتَبَرَةٌ . والثانية ، جَوَازُ ذلك . اخْتارَها أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ،

٥/٧٧ظ

---

(٣٠) أخرجه البخارى ، فى : باب ما كان من أصحاب رسول الله ﷺ يواسى بعضهم بعضا فى الزراعة والثمرة ، من كتاب الحرث . صحيح البخارى ٣ / ١٤١ . ومسلم ، فى : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما يكره من المزارعة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ ، ٨٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٤٣ .

(٣١) تقدم فى ٦ / ٢٩٩ تخريجه عند البخارى ، وأخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٦٨ . وابن ماجه ، فى : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٨ .

(٣٢-٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) فى ب : « زرع » .

والشّافِعِيّ ؛ لما ذكَرْنا فى القِسْمِ الأوَّلِ ، ولأنَّ ما جازَتْ إجارَتُه بغيرِ المَطْعُومِ ، جازَتْ به ، كالدُّورِ . القسم الثالث ، إجارَتُها بجُزْءٍ مُشَاعٍ ممَّا يخْرُجُ منها ، كَنِصْفٍ ، وثُلُثٍ ، ورُبْعٍ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ جَوازُهُ . وهو قول أكْثَرِ الأصْحابِ ، واخْتَارَ أبو الخَطّابِ أنَّها لا تَصِحُّ . وهو قول أبي حنيفةَ ، والشّافِعِيّ . وهو الصَّحِيحُ إن شاءَ اللهُ ؛ لما تَقَدَّمَ من الأحادِيثِ فى النَّهْيِ ، من غيرِ مُعَارِضٍ لها ، ولأنَّها إجارَةٌ[34] بِعِوَضٍ مَجْهُولٍ ، فلم تَصِحَّ ، كإجَارَتِها بثُلُثِ ما يَخْرُجُ من أرْضٍ أخرى ، ولأنَّها إجارَةٌ[34] لِعَيْنٍ ببعضِ نمائِها ، فلم تَجُزْ ، كسائِرِ الأعْيانِ ، ولأنَّه لا نَصَّ فى جَوازِها ، ولا يُمْكِنُ قِياسُها على المَنْصُوصِ ، فإنَّ النُّصُوصَ[35] إنَّما وَرَدَتْ بالنَّهْيِ عن إجارَتِها بذلك ، ولا نَعْلَمُ فى تَجْوِيزِها نَصًّا ، والمَنْصُوصُ على جَوازِهِ ، إجارَتُها بِذَهَبٍ ، أو فِضَّةٍ ، أو بشيءٍ مَضْمُونٍ مَعْلُومٍ ،[36] وليس هذا[36] كذلك . فأمَّا نَصُّ أحمدَ فى الجَوازِ ، فيَتَعَيَّنُ حَمْلُه على المُزَارَعةِ بلَفْظِ الإجارَةِ ، فيكونُ حُكْمُها حُكْمَ المُزَارَعةِ فى جَوازِها ، ولُزُومِها ، وفيما يَلْزَمُ العامِلَ ورَبَّ الأرْضِ ، وسائِرِ أحْكَامِها . واللهُ أعلمُ .

(٣٤ – ٣٤) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٣٥) فى الأصل : « المنصوص » .

(٣٦ – ٣٦) فى م : « وليست هذه » .

فهرس

الجزء السابع

كتاب الصلح

كتاب الحوالة والضمان

كتاب الشركة

كتاب الوكالة

كتاب الإقرار بالحقوق

كتاب الغصب

كتاب المساقاة

باب المزارعة

آخر الجزء السابع

ويليه الجزء الثامن ، وأوله :

كتاب الإجارات

والحمدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ